

LE DROIT SOCIAL SUR LES CHOSEs

Essai sur la Nature des Propriétés collectives

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 27 Octobre 1908, à 9 h. 1/2

PAR

César G. PARTHENIU

Président : M. PLANIOL, professeur
Suffragants } *MM. WEISS, professeur*
 } *PIÉDELIEVRE, professeur*

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

1908

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE DROIT SOCIAL SUR LES CHOSES

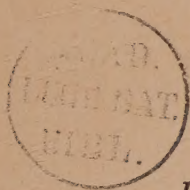
Essai sur la Nature des Propriétés collectives

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 27 Octobre 1908, à 9 h. 1/2

PAR

César G. PARTHENIU



Président : M. PLANIOL, professeur

Suffragants } *MM. WEISS, professeur*
PIÉDELIÈVRE, professeur

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, Rue Racine, 15

—
1908

LE DROIT SOCIAL SUR LES CHOSES

« L'esprit de collectivité, de mutualité, d'association qui se réveille et entraîne tout, pénètre les lois et les usages relatifs aux contrats, à la propriété, aux successions. »

M. PLANIOL, *Droit civil*, t. I, p. 43, 3^e éd.

INTRODUCTION

Le trait le plus saillant de la vie sociale moderne semble être la constitution de forces collectives, de plus en plus nombreuses et puissantes, mutualités, syndicats, coopératives, sociétés : associations de tous genres. Le champ d'application de l'association *lato sensu* est déjà immense, à l'heure actuelle, et semble devoir s'accroître incessamment. L'activité collective s'attache à réaliser les buts les plus variés. Dans le domaine économique, elle s'est révélée plus

apte que l'organisation individualiste à servir les intérêts de la production et de la consommation, à assurer une répartition plus équitable des produits, et à améliorer la condition des producteurs. Aussi, l'association, sous diverses formes, y gagne tous les jours plus de terrain. Pour ce qui est des arts, des sciences, des sports, de la charité, etc., l'association encore s'est montrée capable d'être un puissant instrument à leur service. Mais son efficacité ne se borne pas dans le domaine du droit privé. A côté des groupements constitués en vue des intérêts privés, nous rencontrons des collectivités créées par le gouvernement lui-même, en vue d'un intérêt public. L'Etat (qui n'est, d'ailleurs, que l'expression la plus haute de l'association) se décharge de ses attributions, de jour en jour plus nombreuses, sur des groupes locaux : départements, communes, universités, chambres de commerce, etc. Le mouvement dans le sens associationniste gagne visiblement en ampleur et en intensité. « Où s'arrêtera le progrès dans cette voie ? se demande Ihering. C'est ce que l'imagination ne saurait se représenter. Mais sans être prophète, on peut prévoir que là surtout gît le renouvellement progressif de la physionomie de notre vie, ainsi que le développement ultérieur du droit. » (1).

(1) Ihering. *L'évolution du Droit (Zweck in Recht)*, trad. par O. de Meulenære, p. 148.

Le fonctionnement de toute association implique l'existence de rapports juridiques, d'abord entre les associés, ensuite entre ceux-ci et les tiers. L'association présente, par conséquent, un aspect juridique.

La vie, poussant à l'association, pose au Droit le problème de s'adapter aux exigences de cette situation. Ce problème, comme tout problème juridique, comporte un côté pratique et un côté théorique, ou technique. La solution sera obtenue au point de vue pratique lorsque le Droit mettra à la disposition de l'association un ensemble de règles capables de satisfaire aux exigences de son fonctionnement. Mais le rôle du Droit ne doit pas se borner là ; il doit encore réduire ses règles en éléments logiques d'un système, en les faisant dériver de notions et principes juridiques, logiquement reliés, eux aussi, aux notions fondamentales du droit. C'est le côté technique du problème. Par là, règles de droit et éléments conceptuels apparaissent comme formant des unités organiques. Ce sont les constructions juridiques (1).

Deux facteurs collaborent à l'obtention de ce résultat : la loi et la doctrine. C'est la loi qui pose les

(1) Sur la notion et le rôle des constructions juridiques voir Ihering. *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. III, §§ 42-68. — GénY. *Nouvelle méthode d'interprétation et Sources dans le droit positif*, pp. 65-82.

règles, c'est la doctrine qui élabore les notions et les principes.

Ceci n'est vrai, d'ailleurs, que d'une façon générale. Strictement parlant, les domaines d'action de ces deux facteurs ne sont pas si nettement délimités. Il existe des interférences réciproques, dont l'exposé ne serait pas ici à sa place. Faisons cependant cette observation, que nous aurons bientôt l'occasion d'illustrer par un exemple fourni par notre matière même, que les notions sont fécondes, capables de conduire à la découverte de règles nouvelles, propres à régir des situations que la loi n'a pas réglementées.

Cela dit, revenons à notre sujet en nous demandant quelle solution a fourni le Droit au problème que lui posait la vie en fait d'association ?

Nous examinerons successivement la contribution de la loi et celle de la doctrine à cette solution.

Commençons par l'œuvre législative.

Nous avons en vue la législation française moderne, postérieure à la Révolution.

Pour ce qui est des associations de droit public : Etat, départements, communes, etc., nous nous bornons à constater que ces associations étant des instruments indispensables à la vie de tout peuple civilisé, le législateur français non plus n'a pu oublier dans ses lois d'en réglementer minutieusement l'organisation et le fonctionnement.

Tout autre est le spectacle qui s'offre à nos yeux au point de vue des associations dues à l'initiative privée.

Ici, l'œuvre législative du siècle dernier présente des lacunes graves. La cause doit en être cherchée dans les idées de la Révolution, où le législateur moderne est allé puiser son inspiration.

La Révolution a été animée d'un esprit franchement hostile aux collectivités qu'elle craignait de voir devenir des centres de résistance contre le nouvel état des choses. Par une série de lois et décrets elle avait prononcé la dissolution de « toutes communautés, corporations, académies, sociétés littéraires, etc. », et interdit la formation de nouveaux groupements analogues (1). Ainsi « la plus libérale des assemblées que la France ait jamais eue (l'Assemblée constituante) lui refusa ce qui passe aujourd'hui pour la principale des libertés : la liberté d'association » (2). A la place de l'ancien régime, la Révolution substitua un régime nettement individualiste. « Plus d'associations, plus de groupements, plus de corps et, par suite, plus de patrimoine corporatif.

(1) Lois et décrets des 11 avril, 25 septembre, 4 et 18 novembre 1789 ; des 12 et 19 février, 20 avril 1790 ; du 18 août 1792 ; des 9 mars et 8 avril 1793.

(2) M. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 3^e édit., t. 1, p. 43.

En haut, l'Etat; en bas, l'individu; entre ces deux termes extrêmes, pas d'intermédiaires. » (1).

Sans aller jusque-là, le législateur des codes modernes ne se montra pas beaucoup moins défavorable aux associations. Il fut loin de soupçonner la place immense qu'elles allaient se tailler dans la vie moderne. Il ne s'occupa de l'association en général que dans le Code pénal, pour en faire un délit dès qu'elle compterait plus de vingt membres, à moins qu'elle n'eût obtenu l'autorisation du gouvernement (2). Et, pour ce qui est du régime juridique des associations autorisées, le législateur négligea de s'en occuper en particulier, ne leur offrant, sous ce rapport, que la ressource des principes généraux du Droit. C'était livrer le sort de ces associations aux inspirations des interprètes. Le Code civil, où telle réglementation aurait été à sa place, ne posa de règles que pour une variété relativement peu importante de l'association : la société civile, conçue, d'après la doctrine courante, comme une associa-

(1) Terrat. *Du régime de la propriété dans le Code civil*. Livre du centenaire, p. 346.

(2) Art. 291, 1^o du C. pén. — « Nulle association de plus de vingt personnes dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. »

tion poursuivant des bénéfices pécuniaires (1). Et encore, par rapport à ces sociétés, le Code civil consacra nombre de solutions « surannées » (2).

Le législateur se montra cependant mieux inspiré pour ce qui est des sociétés commerciales, auxquelles il construisit un régime plutôt apte à faciliter l'obtention de leur but (3).

Tel était l'état de la législation au commencement du siècle dernier, état qui dura, d'ailleurs, sauf quelques modifications de portée restreinte (4), jusqu'à la loi sur les associations du 1^{er} juillet 1901, qui posa le principe de la liberté pour les associations de se constituer, et réglementa leur droit de posséder et d'acquérir.

L'activité de la doctrine fut beaucoup plus remarquable.

(1) La doctrine divise les associations *lato sensu* en sociétés et en associations proprement dites, — les premières poursuivant des bénéfices pécuniaires, les secondes poursuivant tout autre but, intéressé ou non. Cette distinction s'est introduite dans la science à la suite de l'article 291 du Code pénal qui, rapproché de l'article 1832 du C. civ., sembla établir une telle division.

(2) V. Planiol, *op. cit.*, t. II, p. 615, 2^e édit.

(3) Code de commerce, livre I, titre III (art. 18 à 64), remanié par la loi du 17 juillet 1856, ainsi que par celle du 6 mai 1863. Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, remaniée par la loi du 1^{er} août 1893.

(4) Loi du 21 juin 1865 et du 22 décembre 1888 sur les associations syndicales entre propriétaires ; loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels ; loi du 1^{er} avril 1898, sur les sociétés de secours mutuels.

S'inspirant de quelques vues émises par les orateurs de la Révolution (1), de l'enseignement de Savigny (2), et, à ce qu'elle soutient, des traditions du droit romain et de l'ancien droit, la doctrine apporta une solution apparemment achevée à la partie technique du problème de l'association — et plutôt deux qu'une.

En effet, la doctrine édifia, à cette fin, deux conceptions juridiques : la personnalité morale et la copropriété. Ce sont de véritables constructions juridiques s'appuyant, au dire de leurs auteurs et partisans, sur la terre ferme du droit positif (arg. art. 529, C. civ., et art. 69, C. de proc. civ.) et présentant tout un échafaudage de notions et de principes, auxquels s'accrochent, comme des conséquences, de nouvelles et nombreuses règles capables de régir les moindres points de détail du fonctionnement des associations que la loi n'avait pas prévus.

Une idée essentielle de la théorie de la personnalité morale, c'est d'envisager les biens sociaux comme formant un patrimoine distinct, attribué à un sujet autre que les associés, savoir à un être fictif (3). Or,

(1) Discours de l'abbé Thouret et de Mirabeau à l'Assemblée constituante. V. Ducrocq. *Cours de droit administratif*, t. VI, 7^e édit., p. 20 ets.

(2) *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, t. II, §§ LXXXV à CII.

(3) Le caractère essentiel d'une corporation à laquelle on a

tout sujet de droit, par définition, est une personne. Dans l'occurrence, cette personne n'est pas physique. Voilà pourquoi on l'appelle morale. Elle est un être de raison, sans existence objective. Aussi, parfois on l'appelle personne fictive.

Une autre idée essentielle de cette théorie, c'est que la loi seule peut conférer la personnalité à un être

conféré les droits de personne morale « c'est, dit Savigny (*op. cit.*, p. 236), que son droit repose non sur des membres pris individuellement, ni même sur tous ses membres réunis, mais sur un ensemble idéal ». Les membres n'ont qu'un droit de créance, contre la personne morale, pour les bénéfices.

On déduit de là notamment ces conséquences :

1° La part d'associé est toujours mobilière, même lorsque le fonds social comprend des immeubles (art. 529 du C. civ.);

2° L'associé non administrateur ne peut ni hypothéquer ni aliéner, ni engager dans une mesure quelconque les biens sociaux ;

3° L'actif social est le gage exclusif des créanciers sociaux ;

4° Les sociétés personnifiées peuvent plaider, tant en demandant qu'en défendant, sous leur nom collectif, sous la raison sociale ;

5° Les sociétés personnifiées doivent être assignées en leur maison sociale (art. 69-6° du C. de proc. civ.) ;

6° Les sociétés personnifiées, du moins si elles font le commerce, peuvent être mises en faillite ;

7° Si la société personnifiée est débitrice d'un tiers, débiteur lui-même d'un des associés, elle ne peut opposer la compensation ;

8° Si un associé est débiteur d'une personne débitrice elle-même de la société, il ne peut opposer la compensation.

Voyez surtout le *Traité de Droit commercial* de MM. Lyon-Caen et Renault, t. II.

fictif (1). Voilà pourquoi on désigne souvent cette théorie du nom de théorie de la fiction légale, et pourquoi on dit aussi personne civile ou juridique au lieu de personne morale.

Dans la théorie de la copropriété, les biens sociaux sont censés appartenir aux associés même, sous une forme d'appropriation analogue à l'indivision romaine (2).

Ces deux théories, dans les trois premiers quarts du XIX^e siècle, n'étaient pas antagonistes. Elles étaient admises et professées par les mêmes esprits, c'est-à-dire par tout le monde juridique. Leur accord reposait sur une délimitation nette entre leurs domaines d'application. Le concept de la copropriété s'appliquait — pour ce qui est de l'association — aux sociétés civiles et à la communauté des époux. Tout le reste du domaine de l'association, — associations sans but lucratif, sociétés commerciales (sauf l'association en participation), associations du droit public, —

(1) « Le législateur seul peut créer des personnes civiles... A la voix du législateur un être sort du néant et figure, sur un certain pied d'égalité, à côté des êtres réels, créés par Dieu. » Laurent. *Principes de droit civil*, I, p. 369, n° 288. — Cf. Savigny. *Traité de Droit romain*, p. 258, t. II. — Ducrocq. *Cours de Droit administratif*, 7^e éd., t. VI, p. 14, n° 2180.

(2) De cette prémisse on déduit des règles constituant le régime des biens, précisément contraires à celles qu'on fait dériver de la personnalité morale.

était régi par le concept de la personnalité morale, qui étendait, d'ailleurs, son empire aux fondations également. Ces dernières sont conçues, dans la théorie de la fiction légale, comme des situations juridiques radicalement distinctes des associations. En effet, voilà comment s'exprime Savigny qui, le premier, insista sur cette dualité de la personnalité morale, et dont la thèse fit fortune : « Quelquefois un certain nombre d'individus constituent par leur réunion la personne juridique, quelquefois aussi elle n'a pas cette apparence visible, son existence est plus idéale, et repose sur une fin générale qui lui est assignée ». « On appelle les premières : corporations... ou appelle les secondes : fondations. » (1).

Telles sont dans leurs grands traits les deux théories qui représentent la forme idéale dont on revêtait, au siècle dernier, les associations. L'école les enseignait, la jurisprudence les appliquait. Elles semblaient des vérités définitivement acquises.

Cependant, cet état de choses ne dura que jusque vers le dernier quart du XIX^e siècle. Dès lors, il commence une époque de crise pour les deux conceptions en question, pendant laquelle elles ont été constamment soumises à l'action destructive de la critique. Cette crise se manifesta d'abord sous la forme d'une vive attaque dirigée contre la fiction légale

(1) Savigny, *op. cit.*, t. II, pp. 236 et s.

par un partisan de la copropriété, M. Van den Heuvel (1). Il n'y était pas question d'une simple rectification de frontières, pour ainsi dire, entre les champs d'application des deux conceptions, mais d'une expulsion complète de la personnalité morale, sinon du droit, du moins du domaine de l'association. C'est à la copropriété que M. Van den Heuvel voulait réserver tout ce domaine. Mais il entendait prouver qu'avec cette conception on pouvait reconnaître au profit de toute association, par la mise en œuvre des principes ordinaires du droit, les avantages que la doctrine classique faisait dériver de la personnalité morale. La thèse de la personnalité fictive lui semblait illogique et inutile.

Il convient d'ajouter que la lutte contre la personnalité morale avait commencé de meilleure heure, outre-Rhin, mais elle n'avait pas réveillé d'écho en France. C'est le livre de M. Van den Heuvel qui semble avoir incité ici les juristes à reviser le bien-fondé logique et juridique de la thèse classique. Toujours est-il qu'à partir de cette époque il fut publié toute une série de travaux critiques, dans lesquels on s'attaqua également aux vues théoriques de la doctrine classique, qu'on déclara fausses, illogiques, insoutenables et à ses applications

(1) *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Paris-Bruxelles, 1884.

pratiques où l'on vit une atteinte injuste portée à la liberté et aux intérêts des particuliers.

En Allemagne, en même temps, se livrait une vive lutte entre de nombreux systèmes, proposés à la place de la fiction légale, déjà abandonnée là-bas par la majorité des juristes.

Il convient de souligner ce fait que l'opposition contre la personnalité morale ne garda pas toujours le caractère qu'elle eut d'abord, du moins en France, d'être une controverse entre la personnalité morale et la copropriété.

De nouveaux points de vue surgirent, tendant à remplacer l'une et l'autre des anciennes conceptions en présence. Ceci apparaîtra aisément dans la suivante classification des systèmes émis sur la question du sujet des droits portant sur des biens sociaux.

En premier lieu, il convient de distinguer tout un groupe de systèmes qui se posent en adversaires de la théorie de la fiction légale, sans abandonner cependant l'idée de personne morale. Ce sont les systèmes de la personne morale réelle ou naturelle. L'idée principale qui forme le trait d'union entre les divers systèmes du groupe, c'est qu'à côté de l'homme il existerait encore d'autres êtres qui posséderaient les attributs de la personnalité ; à côté de la personne physique ces systèmes admettent donc la personne morale. Ils ne la conçoivent pas, cependant, comme

un être de raison, créé par la loi, mais lui reconnaissent un élément de réalité.

Ce qui fait la différence entre les systèmes du groupe, c'est la manière d'envisager l'élément qui constituerait la réalité de la personne.

Dans une première théorie, toute association formerait un organisme, au même titre qu'un animal ou un végétal. Les associés y joueraient un rôle analogue à celui des cellules qui constituent l'être vivant. Cette thèse soutenue en sociologie, par Spencer (1), Fouillée (2), Schaeffle (3), Espinas (4), etc., fut acceptée par quelques juristes tels que M. Worms (5) en France, et Bluntschli (6) en Allemagne. C'est la théorie de l'organisme social. Bluntschli l'appliqua à l'Etat. Mais les arguments sur lesquels il appuie sa thèse auraient force égale à l'égard de toute association. Avec cette théorie, c'est l'organisme social, composé d'éléments réels, concrets, vivants, qui constituerait la personne morale réelle.

Dans une seconde théorie, il est encore question d'organisme, mais on ne dit pas qu'il serait formé

(1) *Principes de Sociologie*, t. II, chap. VI et s.

(2) *Science sociale contemporaine*, liv. IV, chap. IV.

(3) *Bau und Leben des sozialen Körpers*, 4 vol. Tübingue, 1875-1876.

(4) *Les Sociétés animales*, sect. III, chap., II. 1877.

(5) *Organisme et Société*, 1896.

(6) *Allgemeines Staatsrecht, München*, 1851 ; traduit par M. de Riedmatten, 2^e édit., 1881.

d'éléments matériels. On parle d' « un organisme volontaire » résultant de la fusion des volontés individuelles des associés en un tout organique — une volonté collective, distincte des associés, et qui, pour être incorporelle, n'en serait pas moins réelle. C'est une théorie d'origine allemande, connue sous le nom de *Willenstheorie*. Son point de départ est cette idée que l'essence du droit est la volonté. Mais à cette idée, déjà familière à la science allemande, depuis Hegel (1), on ajoute cette conception, propre à la *Willenstheorie*, que dans les associations il se formerait une volonté collective, qui ne serait pas la simple somme des volontés des associés, mais constituerait une volonté nouvelle, une espèce d'être distinct des associés. Cet être, c'est la personne morale.

Dans les fondations, c'est « la volonté cristallisée » du fondateur qui serait le sujet de droit.

Cette théorie, présentée par Zitelmann (2), adoptée par Meurer (3), fut reprise et développée par Beseler (4) et Gierke (5), qui laissent de côté les

(1) Cf. Ihering. *Esprit du Droit romain*, t. iv, p. 318.

(2) *Begriff und Wesen der Sogenannten juristischen Personen*. Lipsiæ, 1873.

(3) *Der Begriff und die Eigenthümer der heiligen Sachen, zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen*, pp. 48 et s.

(4) *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, I, §§ 66-67. Leipzig.

(5) *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887.

fondations, mais ne font que parachever la thèse, pour l'association. D'autres juristes aussi l'adoptèrent : (Küntze (1), Forster, (2), etc). C'est la théorie qui semble dominante outre-Rhin. Ailleurs aussi elle fut acceptée, telle quelle, ou avec des variantes. Citons parmi ses adeptes, en Italie, Milone (3) et Miraglia (4), en France, MM. Boistel (5), Terrat (6), Epinay (7); Mestre (8), etc.

Dans une troisième théorie, étroitement apparentée à la précédente, c'est encore une volonté collective qu'on nous présente comme constituant la personne morale réelle, mais on n'y soutient plus que cette volonté aurait dans le monde physique une réalité distincte des volontés individuelles qui la composent. C'est aux yeux du droit seulement, et au point de vue de la raison pratique, que cette volonté

(1) *Ihering, Windscheid, Brinz*, 1893, p. 29.

(2) Cité par Giorgi. *La dottrina delle persone giuridiche*, I, p. 49.

(3) *Filangieri*, 1877, p. 202.

(4) *Le persone incorporali nella filosofia del diritto*, dans le *Filangieri*, 1862, p. 343.

(5) *Cours de philosophie du droit*, t. II, pp. 24 et s.

(6) *De la personnalité morale*, rapport présenté au IV^e Congrès scientifique international des catholiques à Fribourg, 1897.

(7) *De la capacité des associations formées sans but lucratif*. Paris, 1899.

(8) *Des personnes morales et du problème de leur responsabilité pénale*. Paris, 1899.

apparaîtrait comme ayant une réalité propre à elle. Il s'agit, dit-on, d'une « réalité sociale » ou juridique, non physique.

C'est la thèse de Jellinek (1) et de M. Hauriou (2).

Dans une quatrième théorie, le sujet de droit serait dans les associations et les fondations, la masse même des biens affectés au but qu'on y poursuit. Ces biens, dit-on, sont leur propre sujet ; ils se suffisent à eux-mêmes. Cette thèse, présentée par Brinz (3), qui s'attacha à l'établir sur le terrain du droit romain (4), fut reprise et développée par Bekker (5),

(1) *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, p. 70.

(2) *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, dans la *Revue générale du droit*, 1898, pp. 5 et 119. *Leçons sur le mouvement social*, 1899.

(3) *Pandekten*, 2^e édit., 1873, I, pp. 213 et s. et opusculum *Zweckvermögen*.

(4) Brinz relève, dans les textes romains, à côté du *pertinere ad aliquem*, l'existence d'un *pertinere ad aliquid*, et certains passages qui prouvent, selon lui, que le bien lui-même est considéré comme sujet actif ou passif de droit. En voici quelques exemples : *Fundo servitus adquiritur* (L. 12, D. de ser., 8, 1) ; *prædium quod servitutem debet*, L. 17, § 3, D. de serv. præd. urb., 8, 2) ; *fundus id jus aquæ amisit*, (L. 12, D. de serv. præd. urb., 8, 2) ; *in vectigalibus ipsa prædia non personas conveniri et ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal solvere* (L. 7, pr. D. de publ. et vect. et comm., 39 § 4) ; *hanc servitutem non hominem debere sed rem* (L. 6, § 2. si serv. vind., 8, 5).

(5) *Zweckvermögen insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Actiengesellschaften*, dans la *Goldsmidts Zeitschrift des gesammten Handelsrechts*, t. IV, pp. 499 et s. —

qui entreprend de l'étayer sur des arguments pris à la philosophie du droit (1). Ce n'est pas sans hésitation, d'ailleurs, que nous la classons parmi les théories de la personne morale réelle. En effet, les formules dont on s'y sert sont variées, ondoyantes, contradictoires. Tantôt il y est dit que la personne morale est la *res ipsa* ; tantôt que le sujet de droit est le but même auquel les choses sont affectées. Aussi, on désigne ordinairement cette théorie du nom de *Zweckvermögen*. Tantôt, enfin, il y est dit que ces choses se passent de tout sujet et, de ce fait la théorie est appelée « la théorie des droits sans sujet » (*die Lehre von den subjectlosen Rechten*).

Les vues de Brinz ont été adoptées aussi par Deme-

Zur Lehre vom Rechtssubjekt, dans *Jahrb. für die Dogmatik*, t. XII, pp. 1 et s.

(1) On peut distinguer, dit Bekker, relativement au sujet de droit, deux situations : la disposition, le droit de se comporter en maître (*Verfügung*), qui implique une volonté, et la jouissance (*Genuss*). Il fait remarquer ensuite que l'*infans* et le fou, quoique incapables de vouloir, sont cependant sujets de droit. Donc, conclut Bekker, à l'encontre de la théorie commune, la volonté n'est pas un élément essentiel à la subjectivité juridique ; cet élément il le voit dans la susceptibilité de jouir. Pour être sujet d'un droit, il suffit d'en avoir la jouissance, il n'est pas nécessaire d'en avoir la disposition. Or la jouissance peut appartenir, à part les hommes, aux animaux aussi, et même, dit curieusement Bekker, aux choses inertes. Par conséquent, l'animal et la chose inerte peuvent être des titulaires d'un droit : on peut faire un legs à leur profit, par exemple pour l'entretien d'un chien, d'une fontaine, etc.

lius (1), Helmann (2), Kœppen (3), Dietzel (4) et même par Windscheid (5). En Italie on peut les retrouver chez Forlani (6) et Bonelli (7). En France, il n'existe pas, que nous sachions, de juriste qui les ait adoptées.

Dans une cinquième théorie, le point de départ, emprunté à Ihering, est l'idée que c'est l'intérêt et non la volonté qui forme l'essence du droit. A tout droit correspond un sujet, qui est l'intéressé même, le bénéficiaire de l'avantage que représente le droit. Or, tout sujet de droit est une personne dans le sens juridique du mot. Ces vues sont communes à Ihering, à la théorie en question, et à d'autres juristes aussi ; mais voilà où commence l'originalité de la thèse : Certaines associations, y est-il dit, nous mettent en présence d'un intérêt collectif et permanent, distinct des intérêts particuliers des membres qui les composent. Cet intérêt, étant juridiquement protégé, est

(1) *Jahrbücher für Dogmatik*, IV, p. 113 et s.

(2) *Das gemeine Erbrecht der Religiöser*, p. 87.

(3) *Kritische Ueberschau*, I, p. 181 : VI, pp. 219. *Die actio des Rœmcivilrechts*, p. 238.

(4) *Die Besteuerung der Actiengesellschaften in Verbindung mit der Gemeindenbesteuerung*.

(5) *Pandekten*, 49, 53, n. 2, § 7.

(6) *Sulle persone artificiali o giuridiche. Archivio giuridico*, VII, 3-42.

un droit, et le titulaire de ce droit est une personne. Or, puisque les intérêts des membres sont distincts de l'intérêt collectif, c'est dans l'association même, conçue, par abstraction, comme distincte de ses membres, mais pourtant réelle, qu'il faut voir le titulaire du droit que représente l'intérêt collectif; partant l'association est une personne morale réelle.

Cette thèse esquissée par M. Michoud en 1899 (1), reprise et amplifiée toujours par lui en 1906 (2), est enseignée aussi par M. Capitant (3).

Le trait commun à toutes les théories dont nous venons d'indiquer les idées essentielles, c'est l'affirmation de l'existence de deux ordres de personnes : physiques et morales. Toutes, elles reposent donc sur une conception *dualiste* de la personnalité.

Devant elle se dresse, dans une saisissante antithèse un autre groupe de théories, dont l'élément caractéristique, servant à la fois de trait d'union entre elles et de base de leur différenciation radicale d'avec les théories du premier groupe, est cette idée qu'il existe, sur terre, une seule catégorie possible de personnes, à savoir les personnes physiques, com-

(1) *La notion de personnalité morale*, dans la *Revue du Droit public*, 1899.

(2) *La théorie de la personnalité morale*, Paris, 1906.

(3) *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e édit., pp. 170 et s.

prenant seulement les hommes. On pourrait donc appeler *moniste* la conception sur laquelle s'appuient toutes ces théories.

Cette thèse revient en somme à nier la personnalité morale.

Par application de cette conception aux associations, les théories de ce groupe arrivent toutes à la conclusion que les véritables sujets des droits qui portent sur les biens affectés au but social sont les associés mêmes.

Ce qui fait la différence entre ces théories, et imprime à chacune une physionomie particulière, c'est la manière dont on y envisage la nature, — partant la qualification — des droits sur les choses qui appartiennent aux associés.

Dans une première théorie ces choses seraient l'objet d'une forme d'appropriation analogue à la copropriété. C'était la thèse de M. Van den Heuvel. Elle est reprise par M. de Vareilles-Sommières (1).

Dans une seconde théorie, il faut y voir une forme d'appropriation nouvelle, non encore dégagée par le Droit, mais qu'il doit reconnaître et que les auteurs qui ont suscité ce point de vue, MM. Planiol (2) et

(1) *Le contrat d'association*. Paris, 1893. *Les personnes morales*. Paris, 1902.

(2) *Traité élémentaire de droit civil*. 3^e édit., t. 1, pp. 976 et s.

Berthélemy (1), proposent d'appeler *propriété collective*.

Toute voisine de cette thèse, et n'en différant que par les mots, est celle de M. Saleilles (2), adoptée aussi par M. Génv (3), et où l'on se sert de l'expression de *propriété commune*, ou *en main commune*.

Enfin, dans une dernière théorie, celle de Ihering, on insiste fortement sur le caractère *sui generis* des droits sur les choses des associés, caractère qui s'oppose à ce qu'ils soient conçus comme une espèce de propriété, et commande l'introduction dans la doctrine d'un concept nouveau, à physionomie propre, sous lequel les droits mentionnés puissent s'abriter. C'est ce que fait Ihering, en ajoutant à la liste des droits sur les choses une catégorie nouvelle, sous le nom de *droit commun* ou encore *droit collectif* (4).

Tels sont les systèmes qui se posent comme la solution, au point de vue conceptuel, théorique, du

(1) *Traité élémentaire de droit administratif*. 3^e édit., p. 32.

(2) *Histoire des sociétés en commandite*, dans les *Annales du droit commercial*, 1895 et 1897.

(3) *Nouvelle méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

(4) *Esprit du droit romain*. Trad. Meulenære, t. iv, pp. 349 et s., et *Evolution du droit* (Zweck in Recht), trad. Meulenære, p. 308.

problème de l'adaptation du Droit aux faits que résume l'expression d'association.

Il est juste de reconnaître que dans aucun domaine du Droit, peut-être, il ne s'est produit un plus ample déploiement d'efforts.

Quel en est le résultat cependant ? Dans cette riche efflorescence de systèmes quelle est la fleur qui porte fruit ?

La doctrine est divisée ; les représentants des divers systèmes se tiennent sur leurs positions. En France, une assez grande partie de la doctrine, et la jurisprudence, restent fidèles à la théorie de la fiction légale (1). Un accord dans les opinions ne semble pas près de s'établir.

La constatation de M. Planiol que la vérité a été mise « à l'état chaotique » paraît, à première vue, toujours vraie. Cependant les travaux critiques sur la question nous semblent avoir déjà mis au jour tous les éléments capables de fournir une orientation sûre et uniforme vers la vérité.

(1) La jurisprudence semble apporter, depuis 1891, un regain de vie à la théorie de la fiction légale, en étendant son application aux sociétés civiles, qui avant cette époque n'étaient pas censées former des personnes morales (Cass. req., 23 février 1891. D. 91. 1. 337 ; S. 92. 1. 73. — Cass., 2 mars 1892. D. 93. 1. 169 ; S. 92. 1. 497. — Cass., 2 janvier 1894. D. 94. 1. 81. ; S. 94. 1. 129). — Dans la doctrine, les ouvrages enseignant la théorie de la fiction, parus depuis cette époque, adoptèrent, pour la plupart, le point de vue de la jurisprudence.

Nous n'entreprendrons pas, à notre tour, la réfutation détaillée des théories qui, à notre sens, sont erronées. Ce serait reprendre des arguments déjà produits dans les ouvrages des auteurs précités, où ils se trouvent à la portée de tous (1) et, surtout, ce serait nous éloigner du but spécial que nous nous sommes proposé dans cette étude et que nous préciserons dans un instant.

Disons tout de suite la conclusion à laquelle nous

(1) V. notamment, contre la théorie de la fiction légale : Michoud, *op. cit.* — De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, surtout *Les personnes morales*. — Brinz, *op. cit.* — Ihering. *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 342 ; — contre la théorie de l'organisme social : parmi les juristes, Boistel, *op. cit.*, t. II, p. 51 et s. — De Vareilles-Sommières. *Les personnes morales*, p. 79 et s. et *Les principes fondamentaux du droit*, Paris, 1889, p. 185 et s. ; parmi les sociologues surtout Tarde. *Annales de l'institut intern. de Sociologie*, 1897, pp. 236, 261 ; — contre la *Willenstheorie* : Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 318 et s. — De Vareilles-Sommières. *Les personnes morales*, p. 81 et s. — Giorgio Giorgi, *op. cit.* ; — contre la théorie de Jellinek et de M. Hauriou : de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 93 et s. ; — contre la théorie de Brinz : Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*. Paris, 1895, p. 424 et s. — Roguin, *La règle de Droit*, p. 395. — De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 123 et s. — En Allemagne, Unger, *Kritische Ueberschau*, VI, p. 159 et s. — Kuntze. *Die obligation*, § 95. — Ihering. *Jahrb. für die Dogmatik*, t. X, p. 390 et s. — Eisele. *Ueber des Rechtsverhältniss des res publicæ in publico usu*, p. 23. — Meurer. *Der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen*, I, § 9, p. 58 ; etc ; — contre la théorie de M. Michoud : de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 100 et s. — Duguit, *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 288.

sommes arrivé sur la notion de personnalité, après examen des différents systèmes dont il a été question. Cette conclusion sera, dans cette étude, notre point de départ.

Les théories dualistes, tant celles de la personne morale réelle, que la théorie classique de la fiction, nous semblent inacceptables.

La vérité se trouve, à notre avis, du côté de la thèse moniste.

D'après cette thèse, l'homme seul est une personne. Par application de ce principe aux associations, on déduit que les véritables sujets des droits qui portent sur les biens sociaux sont les associés.

Dans les systèmes *monistes*, on reconnaît donc l'existence *d'un droit de l'associé sur les biens affectés au but social*.

Ceci est notre point de départ. Et c'est toujours en vue des différents aspects de ce droit que cheminera notre étude.

En effet, la proposition qui affirme l'existence d'un droit de l'associé n'est qu'une vérité abstraite, générale, qui plane très haut au-dessus de la situation à laquelle elle se rapporte. Au-dessous d'elle, il y a place pour une foule de vérités de détail. On a le *lingot*, il faut avoir aussi la *monnaie*. Pour l'obtenir, il y a lieu d'examiner un à un tous les éléments dont se compose le droit de l'associé, et d'en préciser la notion. Il faut entreprendre l'analyse du droit de

l'associé, pour arriver à une vue nette de son contenu.

Cela fait, on sera à même de se faire une notion exacte sur sa nature, et alors seulement on sera en état de lui assigner sa vraie place dans la famille des droits et, partant, d'être fixé sur la qualification qui lui convient. Enfin, en dernier lieu, il faudra aussi examiner par quels endroits et de quelle façon le droit de l'associé prend contact avec le droit positif.

C'est l'examen de tous ces points qui fera l'objet de la présente étude.

Les systèmes qui relèvent de la thèse moniste ont-ils accompli cette tâche ?

Certes, oui, et dans une large mesure, cependant nous devons ajouter que dans aucun de ces systèmes la vérité ne nous apparaît dans toute sa plénitude.

Dans quelques-uns de ces systèmes, grand nombre de questions que comporte notre étude ne sont même pas posées. D'autres parmi ces questions, çà et là, sont l'objet d'une affirmation brève, dénuée de preuves. Ailleurs, beaucoup de solutions exactes, sont dispersées et cachées, comme chez Ihering, par exemple, au milieu de chapitres se rapportant principalement à tout autre sujet. Partout, ou presque, ce que nous croyons être la vérité se mélange à des vues, à notre sens, inacceptables.

Il y a des lacunes à remplir, il y a des solutions à

rectifier, il y a une concentration de la matière à opérer.

Nous ne prétendons pas réaliser, en entier, tout ce programme. Cependant en y travaillant, nous aurons contribué à faire un peu de lumière, pour nous-même et peut-être pour ceux que cette étude intéressera, sur des points encore obscurs du Droit, et c'est autant de gagné.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Fondement de la thèse moniste La notion de droit et ses conséquences

La filière des idées qui nous semblent établir la thèse moniste peut être présentée, dans un succinct exposé, de la façon suivante : L'essence du droit est constituée par deux éléments, l'un substantiel : la jouissance, l'intérêt, et l'autre formel : la protection sociale (1). Toute jouissance implique un être qui jouisse, un sujet, et quelque chose dont on jouisse, un objet. Tout droit, par conséquent, suppose nécessairement un sujet et un objet, reliés par un rapport de jouissance. Les notions de sujet et d'objet de droit se présentent donc non pas avec un caractère artificiel, mais comme ayant leur raison d'être dans une nécessité objective.

En résumé, la notion de droit s'analyse de façon

(1) Cf. Ihering. *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 327.

complète et détaillée dans les quatre éléments suivants : un sujet, un objet, un rapport, et la protection sociale (1).

A cette notion se rattache, à titre d'élément accessoire, l'idée d'une manifestation de volonté. En effet, pour jouir, il faut agir, donc vouloir. Mais l'acte de volonté n'est qu'un moyen par rapport à la jouissance qui est le but. D'autre part, ainsi qu'il appert dans les cas de l'*infans* et du fou, l'acte de volonté se rapportant à un droit peut être accompli par un autre être que celui qui jouit, qui est bénéficiaire du droit. Il n'est donc pas nécessaire qu'un être possède la capacité de vouloir, pour avoir des droits, tandis que la jouissance ne saurait lui être enlevée, sans que le droit même ne fût atteint. Voilà pourquoi c'est la jouissance (l'utilité, l'intérêt), — et non la volonté, — qui doit être tenue comme constituant l'élément essentiel du droit (2). Voilà encore

(1) Cf. Ed Picard. *Le droit pur*, 1899 : « La définition du droit, la voici : Un rapport de jouissance, — d'un Sujet, — sur un Objet, — protégé par la Contrainte sociale » (p. 79).

(2) L'opinion consistant à voir dans la volonté la substance, l'essence de tout droit, à se représenter le droit comme « un fragment circonscrit de substance de volonté », est encore très répandue et se reflète dans la définition que donnent du droit beaucoup de juristes : Une puissance attribuée à une volonté, une faculté de vouloir reconnue par la loi.

Elle est, d'autre part, la pierre angulaire de la *Willens theorie*. C'est Ihering, qui, dans sa pénétrante analyse de la notion de droit (*Esprit du droit romain*, t. IV, chap. final),

pourquoi un droit peut être conçu, abstraction faite de la volonté, quoique celle-ci joue aussi un rôle éminent dans le domaine juridique, étant l'instrument réalisateur du droit (1).

a combattu avec le plus de force l'erreur de l'opinion précitée et a démontré que c'est la jouissance qui constitue la matière, l'essence du droit, — ce qui l'a conduit à sa célèbre définition : « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés. »

Dira-t-on, pour défendre l'idée que tout droit a nécessairement pour support une volonté, existant dans son titulaire, que le fou et l'*infans* ne sont pas totalement dépourvus de volonté, qui, bien que trouble et vacillante, existe quand même chez le premier, et se rencontre aussi, quoique faible, chez le second ? C'est l'argumentation de M. Geouffre de Lapradelle (*Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, p. 428). Nous répondrons avec M. Michoud : *Notion de la personnalité morale*, dans la *Revue du droit public*, 1899, p. 211, que ce n'est pas cette volonté malade ou naissante qui peut être le fondement du droit, car on n'accorde à cette volonté aucun effet, et lorsqu'elle vient à se manifester, la loi n'en tient pas compte, mais lui substitue une volonté étrangère.

(1) Aussi, croyons-nous qu'il serait excessif de dire avec M. Roguin, qu'il faut « se débarrasser de cet élément parasite de la volonté » dans la notion du droit. (*Op. cit.*, p. 85). Ce qu'il faut, c'est de ne pas se méprendre sur son rôle en le considérant comme la substance du droit, alors qu'il n'est qu'une des conditions extérieures de sa manifestation, pouvant se réaliser chez une autre personne que l'ayant droit. Cela étant, il en résulte que les définitions présentant le droit comme un pouvoir de vouloir ne sont pas fausses, mais seulement superficielles, en tant qu'elles ne contiennent, comme dit Ihering, qu'une « description, qu'une indication de la

Il résulte de là une conséquence particulièrement importante : savoir « que le sujet du droit est celui qui peut prétendre à jouir non à vouloir (1) ». Et en poussant la même prémisse on obtient encore cette vérité que : tout droit concret, effectif, suppose nécessairement comme sujet un être réel, vivant, car, seuls, les êtres réels peuvent jouir effectivement.

Mais, par définition, tout sujet de droit est une personne, et réciproquement. (2) Donc la personnalité (la qualité d'être sujet de droit) ne saurait appartenir qu'aux êtres réels, vivants (3). Ceci écarte déjà de

manifestation extérieure du droit », au lieu d'en faire voir l'essence intime.

(1) Ihering, *op. cit.*, t. iv, p. 325. « Le sujet, dit aussi M. Picard (*Le Droit pur*, p. 82), c'est l'être qui, étant titulaire du droit, en a l'avantage, en peut retirer le bénéfice, l'émolument. »

(2) Il y a lieu de distinguer entre la notion de personne prise dans le sens juridique, et cette même notion, prise dans le sens philosophique. Dans ce dernier sens, on entend par personne l'être rationnel et libre, c'est-à-dire l'homme. (Cf. Michoud, *article cité*, p. 7.) Mais cette distinction ne présente qu'un intérêt théorique. En fait, la notion de personne, dans les deux sens, s'applique aux mêmes êtres, aux hommes, car pour nous, — comme nous le montrons ci-dessous, — l'homme seul peut être sujet de droit.

(3) Ceci nous fournit la principale objection contre la théorie de la fiction légale qui prétend attribuer la personnalité à des êtres fictifs, inexistants. « La personne juridique comme telle, dit très bien Ihering (*op. cit.*, t. iv, p. 342), est incapable de jouir ; elle n'a ni intérêts, ni but. Elle ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là

la personnalité les choses inertes (1). Est-ce à dire, cependant, que, à part l'homme, on doit reconnaître

où ils peuvent être utiles à leurs ayants droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant droit est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit ».

Certains auteurs s'imaginent échapper aux objections en distinguant entre l'existence physique et l'existence juridique. La personne morale, disent-ils, n'a pas d'existence physique, objective, mais elle existe aux yeux du Droit, elle a une réalité juridique. Il nous sera permis de dire que ce langage nous semble énigmatique, incompréhensible. Prêtons-lui quand même une signification. Il semble vouloir dire que le Droit peut considérer un être inexistant comme une personne, c'est-à-dire comme un sujet de droit. Et remarquons que dans la théorie de la fiction légale la personne morale est le *seul* et *véritable* sujet des droits qu'on lui attribue. Or, ceci est inconcevable. Un sujet de droit est un être qui jouit. Un sujet *véritable* est celui qui jouit effectivement. Comment un être inexistant pourrait-il jouir effectivement ? Dira-t-on que l'être moral n'est pas susceptible d'avoir, à la vérité, des droits, mais qu'il est seulement *censé* en avoir ? Mais alors nous demandons qu'on nous montre les êtres qui possèdent en réalité ces droits — leurs véritables sujets, — car, enfin, ces droits ne sont pas fictifs, ce sont de vrais droits portant sur des choses matérielles, palpables, des créances qui existent contre des débiteurs qui existent, — et des droits concrets, — des jouissances effectives, — ne se conçoivent pas sans sujets véritables, sans des êtres susceptibles de jouir effectivement. Rattacher ces droits à un être imaginaire, c'est autant, comme dit Brinz (*Pandekten*, I, 226), suspendre son manteau à un porte-manteau qu'on feint dans la muraille.

(1) Contrairement à la thèse de Bekker. Cet auteur avait vu juste en niant que la volonté soit essentielle à la subjectivité juridique et en rattachant celle-ci à la susceptibilité de jouir. Son erreur consistait à donner une extension bizarre à la

l'aptitude des droits aux animaux également ? La négative seule nous semble exacte, mais il convient de mettre en évidence l'argument qui la commande.

Pas de droits sans jouissance, disons-nous, cependant toute jouissance ne constitue pas un droit. Les animaux jouissent aussi, et il existe même des lois qui sanctionnent des jouissances, en un certain sens (1), en leur faveur. On rencontre dans ces cas l'ensemble des deux éléments qui forment l'essence du droit. Cependant, il serait inexact d'appeler droit leur jouissance, parce qu'elle manque de la qualité qui l'habiliterait à être la matière d'un droit. C'est qu'il faut, pour qu'une jouissance soit un droit, que l'être qui l'éprouve soit lui-même le but de la jouissance. Or, l'homme seul est un but par lui-même et pour lui-même. Les animaux ne sont que des moyens destinés à servir toujours les besoins de l'homme, ils ne sont pas les vrais buts des jouissances que la loi peut leur ménager (2).

notion de jouissance, ce qui le faisait admettre que les choses inertes aussi peuvent jouir, sans avoir l'air de se douter que la faculté de jouir suppose au moins la vie chez son titulaire.

(1) Telle, par exemple, la loi du 2 juillet 1850 (loi Grammont), qui punit les actes de cruauté inutile accomplis sur les animaux domestiques.

(2) Cf. Roguin. *La règle de droit*, p. 396 et suiv. Les animaux, dit-il, « peuvent certainement bénéficier directement

Concluons donc que l'homme seul, sur terre, peut avoir des droits, lui seul peut être une personne (1).

C'est la thèse moniste.

La notion du droit, entendue comme précédemment, commande encore des conséquences qu'il convient de tirer au clair, parce qu'elles nous seront d'une grande utilité, dans la suite de cette étude. Et d'abord, il en résulte qu'un droit ne saurait être qu'individuel. L'idée d'un *droit collectif*, dans le sens qu'un seul et même droit appartiendrait à plusieurs personnes, nous semble condamnée par la notion même de droit. En effet, tout droit est une jouissance; or, toute jouissance ne se réalise, ne vit que dans une conscience individuelle. Deux consciences

de ressources économiques, mais directement ce sont toujours des hommes qui jouiront de cet accroissement de vie ou de valeur par leur intermédiaire. Les êtres non humains ne sont que des moyens et leur fin est subordonnée à celles de nos semblables. Cela est ainsi et ne peut être autrement, parce qu'il faudrait pour cela que liberté fût laissée à ces êtres inférieurs quant à leur jouissance... Une différence immense, un véritable abîme sépare donc les animaux de l'espèce humaine, non seulement en ce qui regarde la disposition, mais aussi la jouissance des biens ».

Adde Picard, *Le Droit pur*, p. 89: « C'est encore l'homme, l'*homo sapiens*, qu'on protège, « en sa sensibilité », quand on édicte des dispositions légales » protectrices des animaux.

(1) *Hominum causa omne jus constitutum est*, disait déjà le jurisconsulte Homogénien, L. 2, D. *de statu hominum*, L. 5. — Cf. L. 28. D. 22. 1. *Hominum causa omnes fructus natura comparavit*.

peuvent être plus ou moins ressemblantes, mais elles ne fusionnent jamais ensemble, elles restent toujours deux, distinctes. Il n'y a pas de conscience collective, il n'y en a que d'individuelle (1).

(1) Il se trouve bien des auteurs, surtout parmi les partisans de l'organisme social, qui affirment l'existence d'une conscience collective, envisagée comme une réalité unitaire, distincte de la réalité des consciences individuelles qui la composent. C'est la *conscience sociale* du corps social. — V. Espinas. *Les sociétés animales*, pp. 161, 540 et s. — Mais ces auteurs, à notre avis, réalisent une abstraction ; ils attribuent le rôle de représenter une réalité unitaire à une simple expression verbale qui ne saurait signifier légitimement qu'un ensemble de consciences individuelles, concordantes par leur objet, qui seules ont une réalité objective. En effet, comme dit M. Fouillée (*Science sociale contemporaine*, p. 230 et suiv.), « pour constituer psychologiquement une seule et même conscience, une conscience unique et individuelle, il faut un degré de concentration qui aboutisse à un sujet disant *moi*... Là où diverses consciences ne sont pas assez fondues pour s'apparaître à elles-mêmes comme une seule conscience, pour dire non plus *nous*, mais *moi*, il y a une société non une individualité. Deux amants ont beau s'adorer jusqu'à ne vivre que l'un pour l'autre, l'un par l'autre, l'un près de l'autre, ils n'arrivent jamais jusqu'à se persuader qu'ils sont un seul et même sujet pensant, une seule conscience au sens propre du mot : ils disent toujours *nous* et non pas *moi*... ; au point de vue positif et expérimental, il n'y a pas d'exemple de deux *moi* confondus en un seul par une simple association des individus... Une telle fusion, si elle est possible, ne pourrait se faire que par une fusion des encéphales ». Cela étant, la jouissance, l'intérêt ne sauraient exister à titre de faits — ce qui suppose une conscience — que sous forme de jouissance, d'intérêt individuels. Partant, l'affirmation, qui est à la base du système de M. Michoud,

Cela étant, le droit aussi ne peut être qu'individuel.

Certes, on peut concevoir, et il arrive souvent dans la réalité, qu'un même objet serve à procurer des jouissances identiques, et juridiquement protégées, à plusieurs personnes à la fois. Mais dans ces cas, pour rester d'accord avec la notion de droit, il faut dire qu'il y a autant de droits identiques, portant sur le même objet, qu'il y a d'individus. Ce ne sont pas ces droits individuels qui fusionnent pour faire un droit collectif, c'est la chose seulement qui est collective, — si tant est qu'on veuille se servir de cette épithète dans l'occurrence, — parce que frappée simultanément par plusieurs droits.

Il appert aussi de ce qui précède qu'il serait inadmissible de considérer plusieurs hommes comme formant, à eux tous, un seul sujet de droit, un sujet collectif. La perception d'une jouissance — donc la subjectivité juridique, n'est un fait réel que dans les limites d'une conscience, qui, elle, n'existe comme réalité que dans *un individu* humain. Plu-

d'un *intérêt collectif*, existant dans certaines associations, comme réalité distincte des intérêts individuels des associés, nous semble attribuer un sens inexact à une expression verbale, qui ne saurait être employée légitimement que pour désigner un ensemble d'intérêts individuels — concordants certes — mais seuls réels.

sieurs hommes représentent autant de sujets de droit.

D'autre part, c'est toujours la notion de droit qui nous amène à reconnaître que tout droit est social. Nous entendons par ceci qu'un droit ne se conçoit que dans la vie sociale. *Ubi societas, ibi jus*. C'est la protection sociale qui couvre et sanctionne la jouissance individuelle, qui alors seulement est un droit. Et encore, dans une étude plus approfondie, qui ne serait pas à sa place ici, de la notion de droit, on devrait marquer par le caractère social reconnu au droit, ce fait que l'autorité sociale n'intervient pour protéger les intérêts individuels qu'en tant qu'ils représentent et servent, directement ou indirectement, par eux-mêmes ou par leurs répercussions, les intérêts de la communauté entière (1).

Toujours est-il que ces deux caractères, individuel et social, peuvent et doivent être affirmés de tout droit, sans qu'il y ait contradiction. Ils sont deux aspects différents d'une même chose, et la différence tient à la diversité des points de vue.

Muni de ces principes nous sommes suffisamment armé pour aborder l'objet de notre travail, consistant

(1) Cf. Ihering. *Evolution du Droit*. (Zweck in Recht). Trad. Meulénère, p. 339 et suiv.

comme nous l'avons déjà annoncé, dans l'étude des droits qui portent sur les choses affectées à la réalisation des buts poursuivis par les associations.

Au préalable, il convient de préciser les termes de notre problème.

Nous prenons la notion d'association dans l'acception large du mot, qui embrasse tous les cas où l'on rencontre la coopération de plusieurs personnes en vue d'un but commun, par des moyens communs. Nous y comprenons par conséquent, en premier lieu, tous les groupements que la doctrine classique investit de la personnalité morale, c'est-à-dire, d'abord, ceux qu'on appelle personnes morales du droit public : l'Etat, les départements, les communes et les services publics érigés en établissements autonomes (1), ensuite, ceux qu'on désigne du nom de personnes morales du droit privé : les associations à but lucratif (sociétés civiles et commerciales), et les associations à but non lucratif, déclarées ou reconnues d'utilité publique conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901, ou constituées en vertu de lois spéciales (2). Nous y comprenons encore les associations que la doctrine ne personnifie pas, savoir les associa-

(1) Sur la notion d'établissement public, voyez *infra*, p. 68.

(2) Lois du 21 juin 1865 et du 22 décembre 1888 sur les associations syndicales ; loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels ; loi du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels.

tions non déclarées. Enfin, disons dès à présent — sauf à présenter ultérieurement les raisons qui nous semblent légitimer cette opinion, — que nous pensons avec M. de Vareilles-Sommières, pouvoir envisager toujours comme une association l'ensemble des bénéficiaires d'une fondation directe.

Ce sont les membres de tous ces groupes que nous entendons par le nom générique d'associés.

Les droits que nous nous proposons d'étudier sont ceux qui ont pour incidence les diverses masses de choses, envisagées comme des universalités de fait (*universitates facti*) (1), affectées aux différents buts sociaux. C'est dire que nous laissons en dehors de notre étude les droits de créance compétant aux associés, comme tels, ou suivant le point de vue de la théorie classique, à la personne morale, — pour nous attacher aux droits *in re*, aux droits portant sur les choses affectées, non pas sur celles utilisées par les associés en vertu d'un usufruit, d'une servitude, etc., mais sur celles qui, dans la théorie classique, sont censées appartenir, sous forme de propriété, à la personne morale. Plus précisément, nous avons en vue les choses constituant les domaines public

(1) Sur la notion d'*universitas facti*, opposée à celle d'*universitas juris*, v. Thibaut. *System des Pandektenrechts*, § 262, édition de 1818. — Zachariæ. *Le droit civil français*, éd. Massé et Vergé, t. II, § 251 — Aubry et Rau. *Cours de droit civil*, § 162, t. II, p. 3.

et privé des associations du droit public, — les choses provenant des apports sociaux, de donations ou d'acquisitions à titre onéreux faites en vue du but social, dans les associations privées, — et les choses assignées au service des fondations directes.

Les masses entre lesquelles se répartissent ces choses ne sont pas à la disposition du premier occupant, donc elles sont appropriées, c'est-à-dire elles sont objets de droits.

La théorie classique enseigne que ces masses de choses sont la propriété d'êtres fictifs. Autant dire qu'elles ne sont à personne. Ces choses ont une réalité effective : ce sont des choses matérielles, palpables, donc elles servent d'incidence à des droits concrets, réels, et les principes précédemment établis nous ont amené à reconnaître que tout droit concret comporte quatre éléments : un sujet qui ne peut être que l'homme, un objet, un rapport de jouissance, et la protection sociale.

L'étude de tout droit concret doit montrer avec clarté sous quels aspects se présentent, en lui, les quatre éléments ci-dessus.

Ces éléments nous fournissent tout naturellement les cadres de notre étude.

Nous venons de préciser, en ce qui précède, l'idée de l'objet des droits qui nous intéressent. Il nous reste à étudier les trois autres éléments, ce que nous ferons dans trois chapitres, consacrés le premier aux

sujets de ces droits, le second au rapport de jouissance, et le dernier à la protection sociale, c'est-à-dire aux relations qui existent entre le droit de l'associé et la loi positive.

CHAPITRE I

Les sujets des droits portant sur les choses sociales

Les principes établis dans le chapitre précédent nous fournissent, pour reconnaître les sujets des droits portant sur les choses sociales, le critérium suivant : Seront sujets de ces droits les hommes qui pourront prétendre à en profiter sous l'égide de la protection sociale. Quels sont ces hommes ? Il n'est pas malaisé de les découvrir : ce sont les associés.

La réponse est vraie pour toutes les associations. Ainsi, par exemple, le fonds social d'une société anonyme appartient aux actionnaires ; les domaines publics et privés de l'Etat, des départements, des communes sont possédés par les membres de ces groupements. La dotation d'une association scientifique (livres de la bibliothèque commune, appareils scientifiques, etc.) appartient aux membres de

cette association ; la masse des biens utilisés dans un hôpital fondation directe : immeubles, lits, etc., compète aux bénéficiaires de la fondation.

Dans tous ces cas, en effet, les associés respectifs possèdent les deux attributs nécessaires pour établir au profit de quelqu'un un droit sur la chose : la faculté d'en jouir à l'exclusion de toutes autres personnes, et la protection légale de cette jouissance. Cette proposition est de toute évidence, en ce qui concerne les choses sociales relevant des associations privées, à but lucratif ou non lucratif, mais elle nécessite quelques commentaires au sujet des choses dépendant des associations de droit public et des fondations. Avant d'aborder ces commentaires, nous jugeons utile de rapporter les opinions des auteurs dont le point de vue est analogue au nôtre :

« Il est incontestable, dit Ihering, que les droits qui sont le patrimoine de la personne juridique profitent aux membres isolés (présents ou futurs) de la corporation. Ce n'est pas là un effet accidentel (action réflexe), c'est le but même du rapport. Les membres isolés sont les véritables destinataires de la personne... (1). » Dans les fondations, dit encore Ihering, « les destinataires... ce sont ceux en faveur de qui elles sont faites : les pauvres, les malades,

(1) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. iv, p. 340.

les veuves, les orphelins, les amis des arts, etc. (1). »

Or, pour Ihering, le sujet de droit est « celui auquel la loi destine l'utilité du droit (le destinataire) ; la mission du droit n'est autre que de lui garantir cette utilité (2) ».

Logiquement, il est donc amené à conclure que « les véritables sujets de droit ce ne sont pas les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés. Celles-là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur (3) ».

Cette même idée que les droits rattachés par la doctrine classique aux diverses personnes morales appartiennent en réalité aux membres des groupes respectifs, se rencontre chez MM. Van den Heuvel, de Vareilles-Sommières, Planiol, Berthélemy, Saleilles, Génv, et encore, sauf quelques réserves, chez MM. Sauzet, Mongin, Boistel et Thaller.

Dans les citations qui suivront, il s'ajoute à l'idée sus-indiquée une idée de plus, savoir une opinion sur la nature des droits qui compètent aux associés. En ce qui nous concerne, nous entendons conclure au sujet de la nature de ces droits à la fin du chapitre suivant, consacré spécialement à l'étude de ce point.

(1) *Op. cit.*, p. 345.

(2) *Ibid.*, p. 325.

(3) Ihering. *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 341.

Une vue nette de la nature d'un droit suppose la connaissance détaillée de son contenu, et c'est seulement dans le chapitre suivant que nous analysons le contenu des droits portant sur les choses sociales. Aussi, pour le moment notre point de vue se borne à constater que les titulaires de ces droits sont les associés seuls, — sans rien préjuger de leur nature. Telle est, en effet, la seule conclusion qu'autorisent les principes déjà établis, et c'est uniquement pour en retenir l'affirmation de ce point que nous nous prévalons dans ce chapitre des citations qui vont suivre.

Le premier, parmi les auteurs de langue française, qui s'est attaché à démontrer le caractère faux et illogique du concept de personne morale, a été, nous l'avons dit, M. Van den Heuvel. « On parle de personnes morales, dit l'auteur (1), en oubliant que Dieu seul a le pouvoir de faire sortir du néant les personnalités qu'il lui plaît de créer. Pareil à Moïse dont la baguette magique faisait sortir de l'eau du rocher, le législateur n'a qu'à frapper de son sceptre pour créer l'être juridique ».

La thèse classique se trouve dans l'impossibilité d'expliquer la personnalité morale de l'Etat : « Pas de personne morale sans une loi formelle, dit la théo-

(1) *De la situation légale des associations sans but lucratif*, p. 34.

rie courante. De là, aussitôt pour elle une question insoluble : Comment se fait-il que l'Etat constitue un être juridique ? Est-il convenable qu'on puisse se donner l'être à soi-même, qu'on puisse réunir simultanément en soi les fonctions de créateur et les qualités de la créature ? Acculés dans cette impasse, nos légistes ont voulu s'en tirer par une distinction : L'Etat, ont-ils dit, jouit de plein droit de l'individualité civile, parce que la nécessité l'exige. Réponse dangereuse et qui ruine la doctrine d'où l'on est parti. Ce n'est donc pas la loi qui est la dispensatrice souveraine de toute existence juridique ; c'est la nécessité, ce sont les besoins d'une bonne organisation, ce sont les conditions de la prospérité générale qui règlent la personnalité. Que parle-t-on de l'omnipotence du législateur ? Nous sortons par cette porte du pays des fictions pour entrer dans le domaine de la vérité. Le pouvoir ne crée rien, absolument rien » (1).

Quelle est cette vérité ? « Dans l'ordre vrai des choses, dit M. Van den Heuvel, qu'il y ait ou non personnification civile, les associés sont toujours les véritables propriétaires des meubles et des immeubles communs. » — « Et, en effet, est-ce que les citoyens, par exemple, ne sont pas les réels propriétaires du patrimoine qui appartient à l'Etat ? Les

(1) *Op. cit.*, p. 57 et suiv.

habitants de la commune ne sont-ils pas au fond propriétaires des biens communaux ? » (1).

La personnalité morale, dit l'auteur, n'équivaut nullement à la création d'un sujet de droit artificiel, elle n'est « qu'une manière d'être des droits individuels, une forme particulière de la société ordinaire » (2). Et la caractéristique de cette forme particulière consiste dans l'utilisation des trois règles suivantes, qu'on rattache faussement à l'idée d'une personne fictive : 1° le droit des associés est mobilier alors même que la société possède des immeubles ; 2° l'actif social sert de gage aux créanciers sociaux à l'exclusion des créanciers personnels des associés ; et 3° dans les procès la société est représentée par les gérants (C. pr. civ., art. 69, n° 6). Or, d'après l'auteur, il est facile d'expliquer ces règles, sans le secours de la fiction. Et M. Van den Heuvel s'attache à démontrer qu'elles ne sont que des dérogations aux principes communs. En somme, conclut-il, la personnalité n'est que « la réunion de quelques privilèges particuliers, de quelques rares dérogations aux principes usuels et généraux de notre droit positif actuel » (3).

M. de Vareilles-Sommières, d'abord dans son *Con-*

(1) *Ibid.*, p. 53.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*, p. 52.

trat d'Association, ensuite dans son ouvrage sur les *Personnes morales*, dénonce à son tour « l'étonnante série de méprises qui se sont engendrées l'une l'autre dans l'esprit des jurisconsultes du XIX^e siècle », relativement à la personnalité morale (1).

L'auteur pose en principe que l'homme seul, sur terre, est une personne. L'idée de personne morale, dans le sens que la théorie classique prête à ces mots, est illogique. « Le législateur ne peut faire une chose impossible à Dieu même, à savoir, qu'un être qui n'existe pas en réalité ait des droits et des obligations (2). » Dira-t-on que la personne fictive n'est pas susceptible en soi d'avoir des droits et des dettes et n'en a point en propre, mais qu'elle est légalement réputée susceptible d'en avoir et censée en avoir ? « Mais, dit M. de Vareilles-Sommières, si les droits et les dettes de la personne morale sont seulement censés lui appartenir, ils appartiennent donc en réalité à d'autres personnes, à de vraies personnes, dont la personne morale n'est que le masque ? Car, enfin, le législateur ne protège pas les intérêts du néant ? (3). » Il ne saurait être question d'entrer dans le détail des argumentations serrées, minutieuses, péremptoires par lesquelles l'auteur démon-

(1) *Les Personnes morales*, p. 188.

(2) *Op. cit.*, p. 12.

(3) *Ibid.*, p. 12.

tre l'inanité de l'idée de personne morale, telle qu'elle se présente non seulement dans la théorie de la fiction légale, mais encore dans les théories de la personne morale naturelle. Passons, tout de suite, à la réponse que donne l'auteur à la question de savoir quels sont les sujets des droits portant sur les choses sociales. « Les droits..., dit M. de Vareille-Sommières, fictivement attribués à la personne morale, appartiennent en réalité à des personnes véritables, car des personnes véritables peuvent seules avoir des droits... (1) ». Et voilà des applications de cette idée : « Nous sommes tous, — nous membres actuels de l'Etat français, — copropriétaires du domaine national, public ou privé, des routes nationales, des canaux, des rivages, des palais, des musées de la France » (2).

Dans les associations à but non lucratif, dit M. de Vareille-Sommières, les associés ne cessent pas de posséder les biens appliqués à la poursuite du but. Ils « les possèdent pour obtenir les satisfactions, les avantages, les plaisirs qu'ils préfèrent, pour accomplir ce qui est de leur goût commun (3) ». Ils « n'aliènent point ces biens au profit d'un être métaphysique, ce qui serait non seulement insensé, mais

(1) *Op. cit.*, p. 148.

(2) *Ibid.*, p. 491.

(3) *Ibid.*, p. 302.

impossible ». Ils « n'en font point abandon puisqu'ils en usent, en perçoivent les fruits, et tous ensemble en disposent à leur gré » (1).

Dans les fondations directes, « la réalité complète c'est que le sujet de droit est l'ensemble des personnes vivantes qui sont actuellement susceptibles d'user de la fondation si le besoin auquel elle veut pourvoir vient à se produire chez elles, ou, plus brièvement, et le mot bénéficiaire étant bien défini, c'est l'ensemble des bénéficiaires vivants. Toutes ces personnes sont copropriétaires des biens de la fondation » (2).

M. Planiol enseigne que la conception de la personnalité morale est fausse et inutile. Au « mythe » de la personnalité morale, il substitue l'idée de propriété collective, qui est une forme d'appropriation des choses par des personnes véritables, par des hommes. Les propriétés collectives, dit l'auteur, « subsistent encore en masses considérables dans les Etats modernes... » (3). Elles sont attribuées à des personnes fictives par la théorie classique, mais en réalité « elles reposent sur le groupement nécessaire des personnes auxquelles elles appartiennent... » (4). « Pour moi, dit encore M. Planiol,

(1) *Ibid.*, page 302.

(2) *Ibid.*, p. 60.

(3) *Traité élémentaire de Droit civil*. 3^e éd., t. 1, p. 978.

(4) *Op. cit.*, p. 977.

la personnalité morale n'est pas une addition à la classe des personnes ; c'est une manière de posséder les biens en commun, c'est une forme de propriété (1) », et plus loin : « sous le nom de personnes civiles, il faut entendre l'existence de biens collectifs, à l'état de masses distinctes possédées par des groupes d'hommes plus ou moins nombreux et soustraites au régime de la propriété individuelle » (2). Ces vues conduisent l'auteur aux applications suivantes : « Le Louvre appartient aux Français et le British Museum aux Anglais » (3), et encore : « L'hôpital (fondation) est fait pour l'usage d'une masse d'hommes dont le nombre est indéterminé, et ceux qui y sont soignés actuellement ont seulement l'occasion de se servir d'un bien commun à eux et à beaucoup d'autres » (4).

Chez M. Berthélemy, on retrouve une conception analogue. Discutant la notion de personnalité morale, l'auteur dit : « Nous ne sommes pas ici en présence de personnes naturelles dont la loi a d'avance prononcé la déchéance, sauf exception, nous sommes en présence d'une forme particulière de la propriété » (5). C'est la propriété collective. En effet,

(1) *Op. cit.*, p. 978, note 1.

(2) *Ibid.*, p. 982.

(3) *Ibid.*, p. 983, note 3.

(4) *Ibid.*, p. 989, note 1.

(5) *Traité élémentaire de droit administratif*. 3^e éd., p. 36.

« nous pouvons être, dit M. Berthélemy, de trois manières propriétaires d'un champ ou d'un troupeau : individuellement, c'est-à-dire chacun pour une part divise, pour un nombre déterminé de bêtes ; indivisément, c'est-à-dire chacun pour une quote-part du champ ou du troupeau ; collectivement, c'est-à-dire à nous tous, envisagés comme n'étant qu'un » (1).

M. Saleilles professe une opinion sensiblement analogue. Dans son *Étude sur l'Histoire des Sociétés en Commandite* (2), l'auteur s'attache à prouver que dans l'ancien droit toutes les sociétés de commerce n'étaient pas personnes morales ; il y en avait aussi, telle la société en commandite, dont le patrimoine constituait « une simple copropriété », et cependant cette copropriété ne ressemblait en rien à celle du droit romain : loin d'en avoir les effets elle produisait au contraire des résultats à peu près analogues à ceux de la personnalité. C'est plutôt, nous dit l'auteur, une conception nouvelle, que celle utilisée par l'ancien droit pour expliquer le fonctionnement des patrimoines des sociétés commerciales non personnifiées de manière à peu près identique à celle des patrimoines des corporations érigées en personnes morales. Cette conception nouvelle est celle d'une

(1) *Ibid.*, p. 32.

(2) Publiée dans les *Annales du droit commercial*, 1895 et 1897.

modalité de la propriété « appartenant à tous en commun, mais de telle sorte que tous ces propriétaires individuellement eussent les mains liées et ne puissent agir que *communi manu*, en y mettant la main en commun ». « Cette conception aboutissait à faire considérer la masse des choses sociales comme formant un patrimoine constitué à l'état de patrimoine distinct, séparé, affecté à une entreprise spéciale, et qui soit le gage exclusif des créanciers avec lesquels on a contracté en vue de l'entreprise commerciale à laquelle le patrimoine est affecté et, de plus, un patrimoine indisponible pour tous ceux qui ne sont pas chargés de la gestion de l'entreprise, n'étant pas, par conséquent, au point de vue de la validité des actes qui s'y réfèrent, qu'à la disposition du gérant qui fait le commerce pour tous (1). » Dans cette conception, on se passait de l'idée de sujet de droit fictif : les biens étaient censés appartenir aux associés. Or, « ceci est exactement la conception, dit M. Saleilles, que nous nous faisons aujourd'hui d'un patrimoine personne morale ».

M. Géný déclare que la fiction des personnes morales n'était imposée par aucune nécessité objective, et qu'elle ne fait que soulever des difficultés de toute sorte, affectant « une réalité intransigeante et absolue », que les faits contredisent sans cesse et qui ne

(1) *Op. et loc. cit.*, t. XI, n° 63, p. 41.

peut qu'entraver l'évolution de la science. Analysant la conception de M. Saleilles, M. Gén y émet l'avis que c'est dans « une conception particulière de la propriété commune, différente de l'indivision romaine », qu'il faut chercher la clef de « l'énigme », insoluble sans elle (1).

Sans nier absolument, comme les auteurs précités, la possibilité de l'existence de droits au profit de personnes morales, MM. Mongin, Sauzet, Boistel et Thaller, donnent satisfaction en une certaine mesure à cette vérité que les choses sociales appartiennent en réalité aux membres des groupements personnifiés.

Ainsi, M. Mongin, dans un article sur les sociétés civiles, publié en 1890 (2), c'est-à-dire à une époque où la doctrine et la jurisprudence refusaient la personnalité à ces sociétés, s'applique à démontrer, avec plein succès d'ailleurs, que les conventions des parties suffisent à produire les mêmes effets que la fiction de la personnalité. La thèse de M. Mongin est même plus hardie que celle de M. Van den Heuvel, dans l'explication de ces effets, car loin d'y voir, comme ce dernier, des dérogations aux principes du

(1) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, 1899, p. 138 et s.

(2) Sous le titre d'*Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, dans la *Revue critique*, 1890, p. 697 et s.

droit commun, M. Mongin réussit à montrer de façon lumineuse qu'ils ne sont que l'application de ces principes.

La démonstration de M. Mongin impliquant l'inutilité de la personnalité morale, justifiait la conclusion que dans tous les cas il faut écarter l'explication par la personnalité morale.

Cependant, l'auteur ne nie pas l'existence de droits au profit des êtres moraux que la doctrine admet, mais, à leur sujet encore, il raisonne afin de prouver « qu'on est conduit par la logique à reconnaître au profit de l'associé un véritable droit de propriété qui n'est que masqué... par les droits de l'être moral (1) ».

Chez M. Boistel, nous trouvons nettement affirmée l'idée que le fonds social appartient sous forme de copropriété aux associés mêmes. Cependant, l'auteur, partisan de la théorie de la personne morale naturelle, constituée par la volonté collective des associés, ne voit aucune difficulté à admettre que le fonds social appartient en même temps à la personne morale. Voilà comment il précise cette idée : « C'est cette personne (morale) qui sera dorénavant seule propriétaire actuellement (*in actu*) du fonds social, matériel ou immatériel, dont les associés restent propriétaires en puissance (*in potentia*) » (2).

(1) *Loc. cit.*, p. 715.

(2) *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 24.

M. Sauzet distingue : « Il y des personnes morales, dit-il, dont la personnalité ne fait que voiler les droits des associés, elle ne les absorbe pas : venant la dissolution, la personne morale disparaît, l'être vraiment fictif s'évanouit, le voile s'efface, par contre la réalité s'affirme : les droits individuels réapparaissent... Ce sont les personnes morales que l'on est convenu d'appeler privées » (1).

Les choses se passeraient autrement dans les personnes morales publiques.

Enfin, M. Thaller déclare que pour les sociétés la personnalité ne paraît pas très logique : « Chaque associé a en soi les attributs de la personne, chacun est apte à exercer des droits et à supporter des engagements. Ce que chacun peut faire de son chef, il semble que tous soient en mesure de l'accomplir ensemble. La nécessité de créer au-dessus des associés un être fictif a donc de quoi surprendre » (2).

Cependant, pour les établissements publics, M. Thaller pense qu'il était indispensable de créer un être de raison, afin de servir de support à leurs droits.

Telles sont les opinions, émanant de juristes émi-

(1) M. Sauzet. *Nature de la personnalité civile des syndicats professionnels*, dans la *Revue critique*, 1888, p. 338.

(2) E. Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e édit., p. 162.

nents, qui coïncident, dans une mesure d'ailleurs variable, avec notre assertion que les choses sociales sont appropriées, en dehors de toute personne morale, directement par les associés.

Cette formule comporte quelques développements de nature à en préciser le sens. Nous avons déjà dit que nous entrerons dans certaines explications relatives aux associations de droit public et aux fondations. Il convient cependant de présenter, en premier lieu, quelques considérations à portée plus large, concernant toutes les espèces d'associations.

La manière de concevoir la subjectivité des associés est susceptible, en effet, de revêtir plusieurs formes. On peut se représenter tous les associés comme formant un seul sujet de droit, non pas distinct d'eux, mais consistant en eux tous, envisagés ensemble ; ou bien on peut y voir autant de sujets qu'il y a d'associés. Et, dans ce dernier cas, on peut se représenter la masse des choses sociales comme étant l'objet d'un droit unique, compétant à une pluralité de sujets, ou bien on peut la considérer comme frappée simultanément par autant de droits qu'il y a de sujets. Lequel de ces points de vue est exact ? Telle est la question qu'il nous faut résoudre.

D'après M. Berthélemy, qui, nous l'avons vu, écarte l'idée de personnalité morale, posséder collectivement c'est posséder « à nous tous, envisagés comme n'étant qu'un. Dans ce cas, on pourra bien

dire qu'à nous cinq nous ne formons *qu'un seul sujet de droit* et, pour la facilité de l'explication, on pourra dire aussi que le sujet est semblable à une personne dont celui de nous que nous désignerons sera le représentant, mais cette personne ici, loin d'être distincte de nous cinq, n'est autre chose que nous cinq, pris ensemble » (1).

Nous ne pensons pas pouvoir accepter cette manière de voir. L'analyse de la notion de droit nous a conduit à reconnaître que la subjectivité juridique ne s'étend pas en dehors des limites d'une conscience. Comment pourrait-elle le faire puisque subjectivité juridique signifie capacité de jouissance actuelle ou virtuelle, et que ceci ne se réalise que dans une conscience, qui, elle, est naturellement individuelle ? Or, tout groupement d'hommes nous met en présence d'une pluralité de consciences. Logiquement parlant, il faut conclure que ce groupement représente une pluralité de sujets de droit. Tel est le point de vue vraiment réaliste. C'est avoir recours à une fiction franchement inutile que d'envisager un groupe d'hommes comme formant un seul sujet juridique, même si l'on ajoute qu'il n'est pas distinct d'eux tous, pris ensemble.

Mais il y a plus. La conception de M. Berthélemy

(1) *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e édit., p. 32.

aboutit à ramener dans l'esprit la notion de personne morale, c'est-à-dire de sujet de droit autre que l'homme. En effet, tout sujet de droit est, par définition, une personne, dans le sens juridique du mot. Concevoir plusieurs personnes physiques comme formant un seul sujet de droit, c'est admettre qu'à elles toutes, elles constituent une seule personne. Celle-ci n'est pas physique, — car plusieurs ne sont pas un, — donc elle est une personne morale.

Écartant ce point de vue illusionniste, nous dirons que dans toute association la masse des choses sociales appartient à autant de sujets de droit qu'il y a d'associés. Mais ces sujets ont-ils à eux tous un droit unique sur les choses ou bien y a-t-il lieu de distinguer autant de droits particuliers, certes identiques, mais distincts l'un de l'autre, qu'il y a d'associés ?

Certains auteurs semblent s'en tenir au premier point de vue. « Dans toute association, dit M. de Vareilles-Sommières, le droit de disposer des objets sociaux, l'attribut suprême et essentiel du droit de propriété existe... avec une efficacité éclatante aux mains des associés. Ils peuvent, en effet, à *eux tous*, soit directement soit par l'intermédiaire de l'administrateur, fondé de pouvoir de tous, disposer de leurs biens communs aussi librement qu'un particulier de sa chose » (1). « ... Donc, conclut l'auteur, la

(1) *Les Personnes morales*, p. 310, n° 673.

propriété digne de ce nom se retrouve toujours aux mains des associés. »

Ce langage ne revient-il pas à dire qu'il existerait dans l'association un droit unique rattaché à plusieurs titulaires ? On caractérise, en effet, un droit par les facultés qu'il contient et, si M. de Vareilles-Sommières voyait dans l'espèce une pluralité de droits individuels, il aurait été illogique de sa part de vouloir les caractériser par une faculté qui excède les pouvoirs de l'individu, pris isolément. La conception de M. de Vareilles-Sommières nous met donc en présence d'un droit unique, collectif, à titulaires multiples.

Ce point de vue ne nous semble pas, non plus, satisfaisant. Il se heurte aussi à un principe, extrait de la réalité objective, à laquelle il emprunte la force de s'imposer. Nous avons vu, en effet, que tout droit est individuel. Droit et conscience sont deux choses inséparables ; un droit *un* correspond à une conscience *une*. Là où existent plusieurs individus qui profitent juridiquement d'une chose, il faut admettre qu'il existe autant de droits que d'individus. Or, tel est le cas dans les associations. Il faut donc parler du droit de l'associé et non du droit des associés. Mais, l'on doit ajouter que ce droit ne se conçoit pas seul, il ne vit qu'encadré dans un système de droits identiques, compétant à plusieurs sujets.

Un autre point qui demande à être précisé est

le suivant : que faut-il entendre par sujets actuels dans une association ? Grand nombre d'associations sont constituées en vue d'une durée indéfinie. Les biens composant le fonds social sont destinés, dans ces cas, à servir non seulement les intérêts des membres actuels, mais encore ceux des membres futurs. Peut-on envisager comme sujets actuels de droit même les membres futurs ? On l'a soutenu : « Dans toutes ces associations, dit M. Boistel, les représentants actuels de la communauté ne sont pas seuls copropriétaires du fonds social, puisqu'il est aussi affecté aux besoins des générations à venir » (1). Ce point de vue nous semble insoutenable. Un droit est une jouissance perçue actuellement (*in actu*), ou existant à titre de virtualité (*in potentia*). C'est dire qu'il implique comme sujet un être vivant. Comment, dès lors, admettre qu'un être inexistant puisse être actuellement titulaire d'un droit ? Il nous semble plus rationnel de dire avec M. de Vareilles-Sommières que les sujets actuels des droits sont les associés vivants. « Les bénéficiaires futurs (M. de Vareilles-Sommières parle pour les fondations) seront sujets de la propriété lorsqu'ils existeront, mais, en attendant, n'étant rien, ils n'ont aucun droit. Le sujet actuel de droit c'est seulement l'ensemble des bénéficiaires vivants, nous voulons dire tous les bénéficiaires vivants.

(1) *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 27.

Mais les bénéficiaires ont la charge de communiquer la propriété aux nouvelles personnes qui viendront à remplir les conditions voulues pour être bénéficiaires, notamment la condition de vivre. » (1)

Telles sont les observations d'ordre général qu'occasionne la notion de sujet de droit dans les associations. Passons maintenant aux développements que comporte cette notion relativement aux associations du droit public et aux fondations.

Commençons par les associations du droit public.

Il convient en premier lieu de préciser la notion de ces associations. En effet, si tous les auteurs admettent la distinction des associations de droit public et des associations de droit privé (ou des personnes morales publiques et des personnes morales privées), ils sont loin d'être d'accord sur la répartition des différentes associations dans ces deux groupes.

C'est ainsi que certains auteurs rangent dans les associations de droit public toutes celles qui poursuivent des buts ainsi dits d'intérêt général : c'est-à-dire, outre celles qui assurent le fonctionnement d'un service public, les associations à but non lucratif (2). Avec ce critérium, on range dans les associations de droit privé seulement les associations à but lucratif : sociétés civiles et commerciales. Ce critérium manque

(1) *Op. cit.*, p. 59, n° 115.

(2) V. Berthélemy, *op. cit.*

évidemment de netteté : Peut-on vraiment soutenir que telle association commerciale, une compagnie de chemins de fer, par exemple, sert moins l'intérêt général que certaines associations à but non lucratif, telle l'association des anciens élèves d'un lycée ? Aussi, nous préférons le critérium d'autres auteurs⁽¹⁾, qui prennent pour base le fait que l'association constitue une administration publique établie par la loi, ou qu'elle est due à l'initiative privée.

Seules, les associations formées conformément au premier mode rentrent dans la catégorie des associations publiques. Ce sont l'État, les départements, les communes, et les services publics érigés en institutions distinctes, qui prennent le nom d'établissements publics. Insistons sur cette dernière notion. On distingue trois classes d'établissements publics : nationaux, départementaux et municipaux, selon que les attributions de ces établissements rentreraient, au cas où ils n'existeraient pas, dans la sphère d'action de l'État, des départements ou des communes. A quel signe reconnaître que tel service public a été érigé en établissement distinct ? A ce fait que les biens qui servent à son fonctionnement ont été constitués en masse distincte. Par là, il entre en jeu deux

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, t. I, 3^e édit, p. 984. — Capitant, *op. cit.*, 2^e édit., p. 175 et s.

facteurs déterminateurs de toute association : un but propre et un ensemble de moyens propres.

Pour ce qui est des personnes qui constituent les associés dans cette association détachée, — l'établissement public, — ces associés « sont exactement les mêmes que ceux de l'association totale et synthétique : ce sont tous les membres de l'État, ou de la commune, ou du département (1) ».

Cela posé, il convient de nous demander quels sont les êtres qui ont la qualité de membres dans l'État, les départements et les communes ? La réponse communément admise est celle qui voit dans les membres de l'État les personnes qui ont la nationalité de cet État ; ces mêmes personnes forment, d'après l'opinion commune, les associations départementales ou communales, suivant qu'elles en habitent le territoire ou y possèdent des propriétés. Cependant, cette manière de voir n'est pas partagée par tous les auteurs. Ainsi, selon M. de Vareilles-Sommières, il faut faire abstraction de la nationalité. « Quiconque vient habiter ou devient propriétaire sur le territoire entre de plein droit dans l'association, qu'il veuille ou non et que les précédents associés le veuillent ou non ; et il reste associé tant qu'il habite là ou tant qu'il y est propriétaire... Même

(1) M. de Vareilles-Sommières. *Les Personnes morales*, p. 667, no 1542.

dans l'Etat, le fait qui associe, qui est nécessaire et suffisant pour nous rendre membres de l'Etat, au moins provisoirement, c'est le fait d'habiter ou le fait d'être propriétaire sur le territoire... (1). Dès que le contact, le voisinage s'établit entre les hommes, ils sont nécessairement saisis par les liens de l'Etat, de la province, de la commune. Ces associations résultent *vi legis* du fait de contact et de voisinage... (2). »

Cette thèse nous semble difficilement acceptable. Dans toute association, en effet, il faut retrouver, à titre d'éléments essentiels, une coopération de plusieurs personnes, en vue d'un but commun, par des moyens communs.

Nous voyons bien l'ensemble des tendances, des aspirations qui font converger autour d'un même but les activités des membres d'une nation, mais nous n'apercevons plus le but qui imprimerait une orientation unitaire aux activités de tous les habitants d'un territoire, sans considération pour leur nationalité. Certes, il existe des intérêts d'ordre général, — ceux que représentent, par exemple, la poursuite de la vérité, de la justice, du beau, et encore la production des choses matérielles nécessaires à la vie, — qui réunissent les hommes en une vaste coopération,

« (1) *Op. cit.*, p. 496, note 2 ; *adde* : *La synthèse du droit international privé*, t. I, n° 24.

(2) *Ibid.*, p. 497, n° 1092.

abstraction faite de leur nationalité, mais cette coopération ne se limite pas entre les frontières d'un Etat ; et s'il était légitime de voir en elle l'élément essentiel d'une association, cette association serait l'association du genre humain (1).

D'autre part, dans les associations du droit public, telles que les conçoit M. de Vareilles-Sommières, nous ne voyons pas quels seraient les moyens communs qu'implique toute association. Seraient-ils les biens publics ? Mais, entre les rapports qui rattachent ces biens aux nationaux, et ceux qui les rattachent aux étrangers, il existe des différences, comme nous aurons l'occasion de le montrer, qui s'opposent à ce que ces biens soient censés appartenir aux étrangers. Dans l'ensemble des habitants d'un territoire, nous ne rencontrons pas les éléments nécessaires pour affirmer l'existence d'une association ; donc, ce n'est pas le fait de l'habitation qui peut nous fournir le critérium d'après lequel on puisse reconnaître les membres de l'Etat et des autres associations du droit public.

Ce critérium est la nationalité. Certes, il n'est pas suffisant dans les associations départementales et communales. Ici, le fait de l'habitation ou de la possession de biens n'est pas sans importance pour l'at-

(1) Sur la notion d'*association du genre humain*, voyez L. Bourgeois. *Solidarité*. Paris, 1902, p. 147 et s.

tribution de la qualité d'associé, mais, dans ces cas, et dans l'Etat encore, cette qualité suppose la nationalité. Seuls, les Français sont membres de l'Etat français, des associations départementales ou communales françaises.

Admettre ceci, c'est donner prise, semble-t-il, à une objection apparemment sérieuse contre l'idée que les choses affectées à l'usage public par ces associations appartiennent à leurs membres. Discutant la thèse de M. Planiol qui, nous l'avons vu, admet cette idée, M. Capitant objecte : « ... Prenons, par exemple, les rues et les places d'une ville. Comment et par quels avantages se manifeste le droit de propriété des habitants sur ces parcelles de terrain communal ? Par le droit d'en user, de s'en servir, d'y passer ? Mais ce droit appartient à tous les Français, à tous les hommes même, nationaux ou étrangers, qui viennent visiter la ville. Pourquoi dire que les habitants de la commune seuls sont propriétaires collectifs ? De même, un Français a-t-il plus de droits sur le musée du Louvre qu'un étranger ? Si le Louvre appartient à une collectivité, cette collectivité c'est le monde entier. Ainsi apparaît le vice de cette théorie : le prétendu droit qu'elle accorde à chacun des membres du groupement n'est qu'une apparence, un fantôme » (1).

(1) *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 169.

Il est permis de penser, croyons-nous, que la conclusion par laquelle M. Capitant termine ce passage dépasse les prémisses établies dans les premières phrases. Cette conclusion, d'autre part, a bien de quoi surprendre. Fantôme, le droit de jouir des trésors artistiques que renferment les musées ! Apparence, l'avantage de profiter des mille facilités de communication qui sont à la base de l'admirable essor de l'industrie et du commerce modernes ! Serait-il plus substantiel le droit dont M. Capitant investit la personne morale naturelle qu'il voit dans les associations ? Nous avons déjà dit, en effet (1), que M. Capitant conçoit le sujet des droits portant sur les choses sociales comme un être distinct des associés, « être abstrait mais être réel ». C'est l'association, « seule destinataire... des droits qui garantissent ses intérêts », demeurant toujours la même alors que les adhérents changent, ayant des intérêts propres, « qu'elle seule et non les divers membres éphémères qui en font partie, a la charge de défendre » (2).

M. Capitant attribue-t-il une conscience propre à ce sujet de droit distinct des associés ? Non. Donc ce sujet ne jouit pas. Pourtant, on nous dit qu'il a des droits : voilà des droits vides de leur essence qui est la jouissance. N'importe, ces droits aux yeux de

(1) V. l'*Introduction*, p. 24.

(2) *Op. cit.*, p. 170.

M. Capitant sont des droits effectifs, substantiels, tandis que jouir de tel chef-d'œuvre artistique, profiter des choses affectées à l'usage public, ce sont des droits fantômes ! On peut, croyons-nous, adapter mieux ses concepts à la réalité des choses, et reconnaître que l'utilité que procurent les choses affectées à l'usage public suffit, et amplement encore, pour former la matière d'un droit. Ceci nous semble indéniable.

Mais voici en quoi consiste le point délicat de la question, que M. Capitant met bien en lumière : ces choses ne sont pas utilisées seulement par les membres des associations dont elles relèvent. Les personnes étrangères à ces associations en jouissent également, et, à ce qu'il paraît, de la même façon que les membres. Dès lors, comment réserver à ceux-ci seuls la qualité de titulaires des droits portant sur ces choses, et la refuser aux premières ? A notre avis cette distinction est légitime. La jouissance des membres et celle des personnes étrangères aux associations respectives ne sont identiques qu'en apparence. A la vérité elles diffèrent par deux points essentiels, l'un ayant trait à leur fondement, et l'autre à leur étendue. En effet, l'avantage que reçoivent les associés n'est pas un effet accidentel, mais le but même de l'affectation des choses sociales. C'est afin de pourvoir aux besoins des Français que l'Etat français a fait construire ses routes, ses canaux, ses édifices

publics, a créé des musées, etc. C'est à l'intention des Français résidant dans les différents départements et communes que ces associations ont été dotées des domaines qu'elles possèdent. Ce sont eux, par conséquent, les vrais destinataires des avantages que ces choses peuvent offrir. Or, nous avons déjà eu l'occasion d'insister sur cette idée que la protection légale ne fait un droit d'une jouissance qu'en faveur de l'être qui en est le destinataire (1). Si les personnes étrangères sont admises à bénéficier des choses relevant d'associations dont ces personnes ne font pas partie, ce n'est pas qu'elles en seraient destinataires, mais c'est qu'il y a tout avantage, même pour les membres, que cela soit permis. Aussi, les personnes étrangères ne jouissent pas en vertu de droits, mais en vertu de ce que certains auteurs appellent action réflexe du droit (2).

(1) V. *supra* p. 38. « Toute loi qui protège notre intérêt, dit Ihering (*Esprit du droit romain*, t. iv, p. 339), ne nous confère pas un droit. Telle loi, par exemple, qui dans l'intérêt de certaines industries établit des droits protecteurs, profite aux fabricants, les protège, mais ne leur donne aucun droit. Comment expliquer ce fait ? C'est qu'il n'y a ici qu'une *action réflexe juridique*, c'est qu'il s'agit d'un rapport qui présente sans doute la plus grande analogie avec le droit, mais qu'il en faut soigneusement distinguer. L'Etat, en réalité, établit la loi fiscale dans *son* propre intérêt, mais cet intérêt de l'Etat concorde avec celui des fabricants. »

(2) « Quant aux étrangers, dit aussi Ihering, *op. cit.*, t. iv, p. 349, les choses publiques ne leur profitent que par suite d'une action réflexe. »

Et voilà la seconde différence concernant l'étendue de la jouissance. Elle tient à la faculté de disposer des choses sociales. Disposer d'une chose, c'est encore une forme de jouissance qui entre dans la substance d'un droit. Or, à qui appartient la faculté de disposer des choses relevant des domaines en question ? Aux pouvoirs publics chargés de la gestion de ces domaines, qui peuvent, par mesure administrative appelée déclassement, soustraire ces biens à leur affectation (1).

Mais que sont ces pouvoirs sinon les représentants des membres des groupes respectifs ? et quelles facultés exercent les représentants sinon celles de leurs représentés ?

Il y a donc des différences sensibles entre la jouissance tirée des choses publiques par les membres des associations respectives et la jouissance permise à une personne étrangère à ces associations. C'est plus qu'il n'en faut pour conclure qu'on peut rattacher légitimement ces choses aux associés seulement à titre de sujets de droits, et qu'on peut refuser de reconnaître cette qualité aux personnes étrangères.

*
* *

Examinons maintenant comment se présente la

(1) Cf. Planiol, *op cit.*, t. I, 3^e édit., p. 1007.

notion de sujet de droit dans les fondations. Nous avons déjà dit que, selon nous, seules les fondations directes confèrent des droits sur les choses aux bénéficiaires. Il y a lieu, en effet, de distinguer trois catégories de fondations :

La première catégorie comprend les fondations établies au moyen d'un don ou d'un legs à une personne physique déterminée avec charge d'appliquer les revenus du capital ou l'usage de la chose au service du public : à soigner des malades, à instruire des enfants, à doter des jeunes filles, etc. La fondation dans ces cas est dite indirecte. Toute fondation, en effet, s'analyse en une libéralité avec charge (1). Or, dans l'espèce, le fondateur au lieu de donner directement au public le capital assigné à un de ses intérêts, le donne à un tiers qui en transmettra le profit aux bénéficiaires. Toute fondation contient des stipulations pour autrui (2).

Les droits des bénéficiaires, dans ces cas, ne portent pas sur les choses assignées au but ; ils consistent en créances éventuelles contre le donataire (3).

(1) Cf. de Vareilles-Sommières. *Les personnes morales*, p. 603, n° 1419.

(2) Cf. de Vareilles-Sommières, *ibid.*

(3) « Chacun des membres du public qui remplissent actuellement les conditions voulues pour user de la fondation a une action directe contre le donataire pour le contraindre à faire ou à donner, en ce qui concerne le demandeur, ce que stipule l'acte de fondation. L'article 1121 du Code civil dit,

Dira-t-on que la personne chargée de la fondation ne retire aucun avantage des choses affectées, et que, par conséquent, il est illégitime de la considérer comme titulaire d'un droit sur ces choses ? C'est l'argument qu'invoque, entre autres, M. Geouffre de Lapradelle (1), pour conclure que la fondation sous cette forme est nulle en droit. Nous répondrons qu'avoir la mission de faire le bien que comporte une fondation, c'est encore une manière de jouir qui peut faire la matière d'un droit. De plus, ajouterons-nous avec M. de Vareilles-Sommières, « dans les intervalles où les malades n'occupent pas l'hôpital, où les écoliers ne remplissent pas l'école, c'est le donataire qui usera de la chose pour ses besoins propres. Si la fondation n'implique pas le droit pour les bénéficiaires qu'on les fasse user directement du bien affecté à l'œuvre, mais seulement qu'on leur en remette les fruits comme dans la fondation de dots... le donataire a la disposition du capital. Enfin, si la fondation vient à perdre son objet, s'il n'est plus possible qu'il y ait des personnes remplissant les conditions voulues pour être béné-

en effet, que la stipulation pour autrui, quand elle a été acceptée par le tiers, lui donne une action directe contre le promettant ». De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 605.

(1) *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, p. 126 et s.

ficiaires, le capital reste libre aux mains du donataire. » (1)

La seconde catégorie de fondations comprend celles, toujours indirectes, qui sont constituées moyennant la donation d'un capital à une association perpétuelle préexistante, qui s'engage à accomplir la charge. Dans ces cas, nous nous trouvons en présence de deux groupes de personnes : les associés et les bénéficiaires. Quels sont les sujets des droits portant sur les choses affectées à l'œuvre ? Evidemment, les associés : c'est à eux que la donation a été faite. Ici encore les droits des bénéficiaires s'analysent en droits de créance éventuels contre les associés donataires.

Enfin, la troisième catégorie de fondations comprend les fondations érigées en institutions autonomes, en établissements d'utilité publique, moyennant la reconnaissance par décret du chef de l'Etat. Ce sont les fondations directes. Quels sont, dans l'espèce, les titulaires des droits portant sur les choses affectées à l'œuvre ? Telle est la situation juridique qui, aux yeux de la théorie classique, rend indispensable la conception de la personnalité morale.

« Comment serait-il possible — se demande M. Ducrocq, — sans la fiction, d'attribuer à une œuvre abstraite un patrimoine au profit d'un hospice sans l'af-

(1) *Op. cit.*, p. 608, n° 1428.

fecter à un titulaire personnifié ? de concéder des droits sans les rattacher à un sujet de droit ? La création d'une personne civile dans tous ces cas apparaît comme l'unique moyen d'obtenir le résultat cherché. » (1)

Mais attribuer ce patrimoine à un être de raison, — c'est-à-dire à un être inexistant, sans réalité objective, — ou à personne, n'est-ce pas la même chose ? Ce n'est pas une pure exigence logique, c'est une nécessité objective qui veut que tout droit ait un sujet, et cette nécessité n'est pas satisfaite par la création d'êtres imaginaires.

Conséquent avec nos principes, nous dirons que les choses affectées à l'œuvre dans les fondations directes appartiennent aux bénéficiaires. Ici, à la différence de ce qui arrive dans les fondations indirectes, les bénéficiaires n'obtiennent pas une créance de l'usage ou des fruits des choses affectées, mais un droit portant directement sur ces choses mêmes. Qu'est-ce qui autorise cette distinction ? Pourquoi admettre une différence entre les droits des bénéficiaires des fondations directes et les droits des bénéficiaires des fondations indirectes ?

La réponse est facile.

Toute fondation s'analyse en une libéralité avec charge. Or, toute libéralité suppose un ou plusieurs

(1) *Cours de droit administratif*, t. VI, 7^e édit.

donataires, qui ne peuvent être que des hommes. Dans les fondations directes nous ne rencontrons plus, comme dans les autres fondations, un donataire, — personne physique déterminée ou association pré-existante; ici, nous trouvons simplement en présence la masse des choses affectées et le groupe des bénéficiaires, seuls admis à en profiter. Ce sont eux, par conséquent, qui sont les donataires. « La fondation directe, pour nous, dit M. de Vareilles-Sommières, c'est celle par laquelle le capital affecté au service du public est donné non pas à un individu, non pas à une association préexistante, mais au public lui-même, c'est-à-dire à tous les hommes vivants, ou du moins à tous ceux qui remplissent actuellement telle ou telle condition de domicile, de résidence ou de nationalité... (1) ». «... La charge est ici pour les donataires d'appliquer l'immeuble ou le capital quelconque qu'ils reçoivent, seulement à la satisfaction de tel ou tel de leurs besoins ou plaisirs, à s'hospitaliser en cas de maladie, à l'instruction de leurs enfants, au plaisir d'entendre ou de voir de belles choses, etc. » (2).

Dira-t-on que considérer les bénéficiaires comme donataires c'est méconnaître et dénaturer les intentions du fondateur qui a gratifié l'œuvre, le but, et

(1) *Op. cit.*, p. 614, n° 1436.

(2) *Op. cit.*, p. 615, n° 1440.

qui aurait fort bien pu dire expressément qu'il entendait donner aux bénéficiaires, si telle avait été sa pensée ? Nous répondrons avec M. de Vareilles-Sommières: « qu'il n'est pas raisonnable de prêter au fondateur l'intention déraisonnable de gratifier un but, une idée, une abstraction... On ne peut et on ne veut faire des donations qu'aux hommes. Le fondateur veut rendre service à des personnes et rien qu'à des personnes, à des personnes véritables et parfaitement capables d'être sujets de droits (1). »

D'ailleurs, abstraction faite de l'idée de donation, on arrive à cette même conclusion que les bénéficiaires sont les vrais et seuls sujets des droits portant sur les choses affectées, par le raisonnement suivant : Ces choses ne sont pas à la disposition du premier occupant, donc elles sont appropriées c'est-à-dire objets de droits. Ces droits n'appartiennent plus au fondateur, qui, par l'acte de fondation, s'en est dessaisi. Tout droit, d'autre part, suppose nécessairement un sujet, qui ne peut être que l'homme, savoir l'homme qui en retire l'avantage que ce droit représente. Or, dans les fondations directes il n'y a que les bénéficiaires qui jouissent des choses affectées au but, donc ce sont eux, et eux seuls, les maîtres de ces choses. (Nous disons maîtres, c'est-à-dire titulaires de droits réels portant sur ces choses, et

(1) *Ibid.*, p. 59, n° 113.

non propriétaires, la question de la nature de ces droits l'ayant réservée pour l'étudier dans le chapitre suivant.)

La situation, dans les fondations directes n'est plus identique à ce qu'elle était dans les fondations indirectes. Dans ces dernières, entre la jouissance des bénéficiaires et les choses affectées à l'œuvre s'interposait la jouissance des donataires — personne physique déterminée ou membres de l'association préexistante, — et cela suffisait pour qu'il n'y fût plus légitime de voir dans les bénéficiaires les maîtres de ces choses. Leur jouissance s'y heurtait à celle des donataires et ceci l'empêchait d'atteindre directement les choses et de s'y rattacher à titre de droit réel. Dans les fondations indirectes cet empêchement n'existe pas. A défaut d'opposition de la part de tiers qui puissent se prévaloir de droits sur les choses affectées, la jouissance de chaque bénéficiaire change d'aspect juridique et revêt l'apparence d'un droit sur la chose. On pourrait soutenir que le propre de toute jouissance est de tendre constamment vers le maximum de plénitude juridique, c'est-à-dire qu'elle consolide au profit de la personne qui jouit un droit aussi large que le permet le manque de contradiction légitime de la part d'un tiers.

N'y a-t-il pas lieu de voir une illustration de cette proposition dans les cas de prescription acquisitive, d'occupation, etc. ?

Un autre point qui demande quelques explications c'est celui de savoir ce qu'il faut entendre par bénéficiaires. Les bénéficiaires d'un hôpital, par exemple, sont-ils seulement les malades s'y trouvant actuellement ? Répondre par l'affirmative, ce serait confondre l'exercice actuel du droit avec son existence virtuelle. Nous dirons avec M. Planiol que « l'hôpital est fait pour l'usage d'une masse d'hommes dont le nombre est indéterminé, et ceux qui y sont soignés actuellement ont seulement l'occasion de se servir d'un bien commun à eux et à beaucoup d'autres » (1). Plus largement, les bénéficiaires d'une fondation sont tous ceux qui remplissent les conditions auxquelles l'acte de fondation a subordonné la jouissance des choses affectées. C'est l'idée qu'exprime M. de Vareilles-Sommières : « Par bénéficiaires il ne faut pas entendre seulement, comme le font la plupart, les personnes qui en fait appliqueront les biens de la fondation à tel de leurs besoins déterminé par le fondateur, il faut entendre les personnes qui réunissent les conditions de domicile, de résidence, de nationalité, d'âge, etc., prescrites expressément ou tacitement dans l'acte de fondation et moyennant lesquelles on a la faculté d'appliquer la fondation au besoin prévu, s'il vient à se produire (2) ».

(1) *Op. cit.*, 3^e éd., t. I, p. 989, note 1.

(2) *Op. cit.*, p. 59, n^o 116.

Présentons enfin les raisons qui nous semblent légitimer l'assimilation de la fondation directe à une association. C'est le point de vue de M. de Vareilles-Sommières : la donation avec charge que représente la fondation « associe, dit l'auteur, les donateurs dans l'entreprise fixée par le fondateur et acceptée par eux : elle engendre une vaste association ». C'est une manière de voir que nous croyons devoir adopter. On rencontre, en effet, dans les fondations directes les éléments constitutifs de toute association ; il y a coopération de plusieurs personnes, poursuivant un but commun, par des moyens communs. Ces moyens sont, dans les fondations directes, la masse des choses affectées à l'œuvre, qui, nous venons de le voir, sont ici, à la différence de ce qui arrive dans les fondations indirectes, le bien commun des bénéficiaires. On pourrait peut-être trouver un peu forcée l'application de l'idée de coopération aux bénéficiaires. A ceux qui feraient cette objection nous répondrions que dans nombre d'associations, auxquelles personne ne s'avise de contester cette qualité, la coopération des membres ne diffère en rien de celle des bénéficiaires. Prenons, par exemple, la société par actions. En quoi consiste la collaboration de l'actionnaire ? en le fait qu'il laisse à la disposition des administrateurs une partie de ces biens, savoir ceux qui représentent sa mise sociale. La coopération est donc ici un fait

négalif : c'est ce qu'elle est dans les fondations aussi. Ici encore, les bénéficiaires doivent laisser à la disposition des administrateurs de la fondation une partie de leur avoir : les choses affectées à l'œuvre qui, dans notre système, sont objets de droits compétant aux bénéficiaires.

■
* *

Telles sont les solutions que comporte, selon nous, la question de savoir quels sont les sujets des droits qui portent sur les choses sociales. Comme conclusion de ce chapitre, nous résumerons en quelques propositions les idées principales auxquelles cette étude nous a fait aboutir :

Les choses sociales, formant dans chaque association une universalité de fait, sont l'objet de droits compétant exclusivement aux associés. Ceux-ci représentent non pas un seul sujet de droit, mais une pluralité de sujets, qui ne comprend que les personnes actuellement vivantes et non les personnes futures. D'autre part, les choses sociales ne sont pas l'objet d'un droit unique, rattaché à plusieurs sujets ; elles sont frappées simultanément par une pluralité de droits — à chaque associé correspondant un droit distinct.

CHAPITRE II

Le rapport de jouissance. — I. Le contenu du droit de l'associé. — II. La nature du droit de l'associé.

Nous étudions dans ce chapitre, au sujet du droit de l'associé, le troisième élément que nous avons reconnu entrant dans la notion de tout droit : le rapport de jouissance. C'est l'élément qui représente la substance même du droit. Il consiste en un ensemble de formes de jouissance, plus ou moins nombreuses et variées, selon la nature de la chose même sur laquelle porte le droit et aussi selon le but en vue duquel le droit a été établi. Cet ensemble de formes de jouissance on l'appelle encore le contenu du droit. La réalisation du droit implique, pour le titulaire, le pouvoir de jouir librement, ce qui revient à dire que l'analyse du contenu d'un droit se ramène à l'énumération des facultés qui compètent à l'ayant droit. La variété que comporte le contenu des droits entraîne leur répartition en différentes catégories, ayant chacune une physionomie

propre, ce qu'on exprime en disant qu'il y a des droits de différente nature. Enfin, la notion de chaque catégorie est frappée en terme technique, qui laisse apercevoir à travers un seul mot l'ensemble des idées qui constituent la notion, c'est-à-dire résume pour l'esprit l'ensemble des facultés qui détermine la nature du droit désigné.

Dans l'étude d'un droit concret il y a lieu, par conséquent, d'examiner son contenu, après quoi, à la lumière répandue par cette première opération, il faut reconnaître sa nature, partant la qualification juridique qui lui convient. Dans une science juridique achevée, pareille recherche de la nature d'un droit ne saurait aboutir qu'à identifier le droit étudié à un des droits reconnus et décrits par la science. Mais, peut-on jamais dire d'une science qu'elle est achevée ?

Nous divisons le présent chapitre en deux sections. Dans la première nous entreprendrons l'étude du contenu du droit de l'associé. Dans la seconde nous tâcherons de nous faire une idée exacte de la nature de ce droit et, conséquemment, de la qualification technique qui lui convient.

SECTION I

Avant de porter nos regards sur le droit de l'associé, il nous semble utile de jeter un rapide coup

d'œil sur la variété des formes que peuvent revêtir les jouissances susceptibles d'être tirées des choses.

On peut profiter d'une chose ou bien en utilisant ses propriétés naturelles, aptes parfois à servir plusieurs besoins de l'homme, ou bien, s'il s'agit d'un produit de l'industrie humaine, en mettant à profit les propriétés suscitées par sa transformation. Cette utilisation peut laisser intacte la substance de la chose et, dans ce cas, elle prend le nom d'*usus* ; ou bien elle peut impliquer la disparition matérielle, la consommation de la chose, ce qu'on exprime par le mot d'*abusus*, qui s'entend aussi de la destruction faite sans utilité ; enfin, on peut encore percevoir les fruits que produit la chose, c'est le *fructus*.

Le pouvoir de jouir directement des choses se présente donc sous trois aspects : comme faculté d'en user, *jus utendi* ; comme faculté de les consommer et de les détruire, *jus abutendi*, et comme faculté d'en percevoir les fruits, *jus fruendi*.

A côté des jouissances résultant de l'exercice de ces facultés, jouissances qu'on pourrait appeler *réelles* ou *matérielles*, il convient de distinguer les jouissances obtenues au moyen d'actes juridiques relatifs à la chose. Ce sont les jouissances *idéales* ou *juridiques* (1). Elles peuvent consister soit en alié-

(1) Cf. Ihering. *Esprit du droit romain*, t. iv, p. 334 et s.
— « Tous les actes juridiques conclus par le propriétaire sont

nations de la chose, c'est-à-dire en transferts à autrui de *l'ensemble* des facultés de jouir, soit en transferts à temps ou pour toujours d'une partie seulement de ces facultés. Et cela peut être fait ou bien en échange d'une valeur quelconque, — chose matérielle ou prestation personnelle, — ou bien à titre gratuit.

L'ensemble des formes de jouissance juridiques constitue la majeure partie de ce que nous appellerons *la faculté de disposer* (1).

On conçoit qu'il peut exister sur les choses des droits pleins, entiers, conférant à leurs titulaires toutes celles des facultés ci-dessus qui sont compatibles avec la nature de la chose sur laquelle porte le droit. Ce sont les droits de propriété. On pourrait exprimer la plénitude de ces droits en disant que le sujet a le libre choix entre toutes les formes

des actes de jouissance : il jouit de sa chose lorsqu'il la vend, l'échange, la donne, la loue ou y établit des *jura in re*. » *Ibid.*, p. 336.

(1) Où nous faisons entrer encore la faculté d'abandonner la chose. Il est vrai que ce n'est pas ce sens que la terminologie usuelle attribue à l'expression de *faculté de disposer*, mais un autre plus large, qui embrasse aussi la faculté de consommer et de détruire la chose, c'est-à-dire ce que nous avons appelé l'*abusus*. Cependant, nous croyons qu'il y a profit, au point de vue de la précision des idées, à réserver à l'expression de *faculté de disposer* le sens plus étroit que nous lui attachons ci-dessus, et c'est avec ce sens que nous l'employons dans la suite.

de jouissance que l'objet peut offrir. Et ce langage reste exact même à propos des droits pleins portant sur une chose susceptible de procurer une seule forme de jouissance matérielle, car, ici encore, l'ayant droit peut choisir entre elle et les formes de jouissance juridique.

On conçoit aussi que les choses peuvent être appropriées sous la forme de droits plus étroits, plus limités, conférant à leurs titulaires une partie seulement des facultés de jouir que la chose pourrait rendre possibles. Par rapport à la propriété, ces droits limités apparaissent comme des démembrements.

La doctrine présente comme tels : l'usufruit, l'usage, l'habitation, l'emphytéose, le gage, l'antichrèse, le privilège, l'hypothèque.

Chacune de ces qualifications correspond à un contenu différent. C'est dire qu'elles expriment des droits de nature différente. Mais ces droits, y compris la propriété, sont-ils des cadres complets, capables de subsumer toutes les formes d'appropriation existantes ? Plus précisément, englobent-ils aussi le droit de l'associé ? C'est ce que nous saurons après avoir examiné le contenu du droit de l'associé.

Abordons cet examen.

En ce qui concerne la méthode, nous tâcherons de dégager le contenu du droit de l'associé en remon-

tant à ses sources, c'est-à-dire en observant l'action des causes, des faits, qui déterminent ce contenu.

Dans cet ordre d'idées, il convient de relever, en premier lieu, l'existence dans toute association de ce fait qui est de son essence même : un but. La constitution d'une masse de choses, à l'état distinct, affectées à la réalisation du but, est un moyen indispensable pour le fonctionnement de l'association. Or, tout moyen doit être adapté au but. Par conséquent la forme d'utilisation de ces choses — c'est-à-dire le droit de l'associé — sera façonnée en premier lieu par les nécessités du but.

A côté de cette influence, il faut en relever une seconde s'exerçant toujours sur le contenu du droit de l'associé et émanant d'un fait également essentiel à toute association : la pluralité de sujets de droit.

Il y a lieu d'examiner séparément les effets de chacune de ces deux influences.

Commençons par l'influence du but.

Une première constatation qui s'impose c'est que les choses sociales ne sont susceptibles d'être utilisées que dans la forme qui représente la réalisation du but poursuivi par l'association. Il ne saurait être question d'une liberté entière pour l'associé de choisir la forme de jouissance qu'il lui plairait, abstraction faite du but. Le droit de l'associé nous apparaît donc avec cette première caractéristique d'être un

droit non pas plein, mais limité, renfermant seulement les formes de jouissance conformes au but.

Ceci revient à dire que les choses sociales sont frappées d'une espèce d'indisponibilité dont il convient de préciser la notion.

L'affectation des choses sociales à la poursuite du but exige, en premier lieu, qu'il soit interdit à l'associé de détourner ces choses de l'emploi auquel elles sont destinées, pour les assujettir à son usage personnel. Il résulte de là que l'associé ne pourra pas aliéner les choses sociales pour son intérêt personnel. Aliéner une chose, en effet, c'est aliéner un droit plein sur elle. Or, l'associé lui-même n'a pas un pareil droit, et il ne saurait transférer plus de droit qu'il ne possède. Mais la jouissance sous la forme limitée, compatible avec le but, — c'est-à-dire le droit même de l'associé, — peut-il la transférer à autrui ?

Les deux réponses, affirmative et négative, sont exactes, suivant les associations. On ne conçoit pas la transmission de la faculté de jouir des choses affectées à l'usage public par les associations de droit public ; ici la jouissance est intransmissible parce qu'elle appartient à tout le monde (1). Mais on conçoit la transmissibilité des jouissances qui compétent aux membres des associations privées, indifféremment des buts qu'elles poursuivent : bénéfices pécuniaires.

(1) Au titre spécifié *supra*, p. 75.

res ou avantages d'ordre non lucratif. Cependant, en fait, il existe des associations appartenant à cette catégorie, où le droit de l'associé est transmissible, telles les sociétés par actions, tandis que dans d'autres associations, telles les sociétés civiles, les sociétés commerciales en nom collectif et en commandite simple et, en général, les associations à but non lucratif, cela n'est pas. C'est que la faculté de jouir des choses sociales relevant des associations privées, tient à la qualité d'associé. Or, dans les associations par actions, la personnalité de l'associé est indifférente, ces associations ne demandant à leurs membres qu'un concours pécuniaire. Les autres associations sont constituées, au contraire, *intuitu personæ*; elles exigent de leurs membres certaines conditions d'aptitude, de savoir, de profession, de conviction politique ou religieuse, de résidence, etc. On conçoit qu'ici l'associé ne saurait transférer à autrui son droit de jouir, partant sa qualité d'associé, sans le consentement des coassociés.

De l'affectation des choses sociales au but, résulte encore, toujours comme effet d'une exigence inhérente à toute association, l'exclusion des choses sociales du gage des créanciers personnels de l'associé et leur non susceptibilité d'être grevées par les hypothèques conventionnelles, légales ou judiciaires qui frappent les biens privés de l'associé. Le droit de l'associé ne saurait contenir la faculté d'engager les

choses sociales, ni celle de les affecter d'hypothèques, pour servir un intérêt exclusif de l'associé. Il faut que ce droit occupe dans le patrimoine de l'associé, une place à part, où il soit à l'abri des conséquences des actes juridiques conclus par l'associé en vue d'un intérêt extra-social.

Ceci est une nécessité qui se fait sentir dans toute association ; la solution contraire aurait pour résultat de soustraire les choses sociales à leur affectation, partant priverait l'association de ses moyens d'action.

Enfin, l'affectation des choses sociales au but commande encore cette conséquence qu'il faut nier à l'associé le droit de demander le partage quand bon lui semble. Par le partage, le droit de l'associé, limité quant à la forme de jouissance, mais portant sur la masse entière des choses sociales, se transforme en un droit plein, ayant pour incidence une portion seulement de cette masse. Le partage vaut désaffectation. Le droit de l'associé ne saurait, par conséquent, contenir la faculté de demander efficacement le partage, tant que le droit de l'associé a sa raison d'être, c'est-à-dire avant la réalisation du but, ou avant qu'il se produise une cause qui entraîne la dissolution de l'association.

Or, il existe des buts susceptibles d'être poursuivis indéfiniment, et d'autres buts qui peuvent être atteints en un nombre limité d'années. Les avantages

d'ordre pécuniaire, résultant du commerce ou de l'industrie, peuvent être obtenus surtout par des associations temporaires. Dans telle mine exploitée par une association, le charbon peut venir à manquer, dans telle branche de commerce, faisant l'objet d'une autre association, les produits mis en vente peuvent n'être plus au goût du public. Au contraire, les intérêts qu'on se propose de servir dans les associations à but non lucratif ne cessent jamais d'être l'objet des désirs humains. Aussi, ces associations se constituent ordinairement en vue d'une durée indéfinie, et pratiquent largement l'adjonction de nouveaux membres.

Dans les associations à terme il convient de reconnaître l'existence dans le droit de l'associé de la faculté de demander le partage, affectée cependant de la modalité du terme. Dans les associations perpétuelles le partage ne saurait se concevoir. Ici, doit nécessairement fonctionner le droit d'accroissement. Et, au cas où ces associations viendraient à disparaître, la plus rationnelle solution relativement au sort qu'il convient de faire à leurs biens semble être de transférer en bloc la masse de ces biens entre les mains d'une association similaire qui continue l'œuvre commencée (1).

(1) Cf. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 310, n° 672. — La solution qu'on donnait à ce cas, dans la théorie de la personnalité morale, avant la loi du 1^{er} juillet 1901, était considérée

Dans les cas où nous avons reconnu l'existence de la faculté de demander le partage, dans le droit de l'associé, il se produit une conséquence qu'il convient de signaler, afin de compléter ce que nous avons dit sur la faculté de disposer des choses sociales. Nous avons nié l'existence de cette faculté dans le droit de l'associé, du moins en tant qu'elle s'exercerait en vue d'un intérêt personnel de l'associé. Cependant, par l'effet déclaratif du partage, l'associé devient titulaire d'un droit plein sur une portion matériellement déterminée de la masse sociale, et il est censé l'avoir été même pendant l'association. Dès lors, l'aliénation qu'il avait consentie, pendant la durée de l'association, relativement aux choses

par les adversaires de cette théorie comme la plus choquante des conséquences qu'on faisait dériver de la personnalité. En effet, cette solution consistait à dire que les biens des associations dissoutes devenaient des *biens sans maître* et tombaient dans le domaine de l'Etat, par application des art. 539 et 713 du C. civ. (Cf. Laurent. *Principes de droit civil*, t. I, p. 415 et Ducrocq. *Cours de droit administratif*, n° 1337). Cette mainmise, a-t-on dit, qu'on encourageait ainsi l'Etat à exercer n'eût été qu'une *spoliation*. (V. Planiol, *op. cit.*, t. I, 3^e éd., p. 1000 ; *adde* Ihering. *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 342, note 524). La loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations écarte cette solution et rend possible celle que nous indiquons au texte, par l'article 9, dont la teneur est la suivante : « Les biens de l'association seront dévolus conformément aux statuts, ou, à défaut de disposition statutaire, suivant les règles déterminées en assemblée générale. »

tombées ensuite dans son lot, est réputée valide et produit ses effets.

La prohibition de disposer des choses sociales par actes juridiques, en vue d'un intérêt extrasocial, comprend, par conséquent, seulement les actes efficaces actuellement, c'est-à-dire opposables aux coassociés, mais ne s'étend pas aux aliénations destinées à produire leur effet après le partage. Ceci revient à dire qu'on peut concevoir le droit de l'associé, dans les associations temporaires, comme renfermant aussi la faculté de disposer, mais à effet subordonné aux résultats du partage, qui lui-même ne peut être demandé qu'à l'arrivée du terme.

Telles sont les limites entre lesquelles se fait sentir l'indisponibilité dont sont frappées les choses sociales. Elles représentent l'action négative d'une première influence s'exerçant sur le contenu du droit de l'associé, savoir : celle des exigences du but.

Examinons maintenant avec quelques détails son action positive.

La réalisation du but implique l'existence dans le droit de l'associé et, dans des combinaisons variables, suivant les différents buts, de toutes les formes possibles de jouissance, tant réelles que juridiques, ou en d'autres termes, l'existence de l'*usus*, du *fructus*, de l'*abusus* et de la *faculté de disposer*, mais, bien entendu, seulement dans les limites déjà mentionnées, qui résultent de la nécessité que ces facultés

s'exercent conformément au but. Dans les associations à but lucratif, la plus grande partie du droit social sera constituée par la faculté de disposer. En effet les actes de disposition : ventes, prêts, louage de travail, etc., sont les principaux moyens par lesquels les sociétés de commerce, d'industrie et de finance peuvent réaliser leurs buts.

Les valeurs obtenues par l'effet de ces actes juridiques deviennent elles-mêmes choses sociales assujetties à la forme de jouissance conforme au but. Certes, dans les associations en question la part des bénéfices attribuée à chaque associé peut être librement utilisée par lui, mais aussi, dès leur partage, les bénéfices ont cessé d'être choses sociales, pour devenir objets de droits pleins et exclusifs.

Le fonds social des associations à but lucratif n'est pas utilisable, en entier, seulement moyennant des actes juridiques ; il renferme aussi des choses destinées à procurer des jouissances matérielles : tels les magasins, les bureaux, les usines, et les meubles y compris, affectés au fonctionnement de ces associations. C'est dire que le droit de l'associé comprend encore, dans ces cas, les facultés de jouir matériellement, compatibles avec le but.

Dans les associations à but non lucratif, la situation est inverse : la majeure partie du droit de l'associé est formée par les facultés de jouir matériellement. Ici, en effet, les choses sociales sont des-

tinées, pour la plupart, à être utilisées directement.

Le droit de l'associé y comprendra le plus souvent l'*usus*, mais parfois aussi le *fructus* et l'*abusus*, par exemple dans les associations qui procurent à leurs membres la nourriture (telle une fondation directe pour les indigents, les orphelins, etc.).

Cependant la faculté de disposer ne manquera pas, non plus, d'entrer dans la composition du droit de l'associé dans les associations à but non lucratif. En effet, ceci est évident pour les capitaux en argent possédés par ces associations. Mais encore les choses destinées à y être utilisées matériellement, quoique pour elles l'affectation semble impliquer inaliénabilité, comportent aussi les formes de jouissance juridique. En effet, il se peut que ces choses deviennent impropres au service auquel elles sont destinées. Il faut donc admettre que c'est leur valeur seulement qui est inaliénable, ou plutôt qui ne doit pas être détournée du service social, mais que la composition de leur masse peut être modifiée par toutes les subrogations réelles jugées utiles (1).

Dans les associations de droit public, il convient de distinguer entre les droits portant sur les biens du domaine public et ceux portant sur les biens du domaine privé. Par rapport au domaine public le

(1) C'est le point de vue qu'appliquent certains auteurs aux biens des fondations. V. *Huc. Commentaire du Code civil*, t. IV, n° 88, et *Beudant*, D. 93. 2. 6.

droit de l'associé contient principalement l'*usus*, mais aussi la faculté de disposer, pour le cas où la désaffectation est jugée utile.

Les choses composant le domaine privé occasionnent des droits dont la substance est constituée par la faculté de disposer. En effet, ces choses sont utilisées par les associations dont elles relèvent moyennant des actes juridiques productifs de bénéfices : ventes, louage, etc.

Tels sont les effets positifs de la première influence qui s'exerce sur le droit de l'associé, et contribue à en déterminer le contenu. — l'influence des exigences du but. Mais nous en avons relevé une seconde qui agit dans le même sens : l'influence de la pluralité de sujets possédant des droits identiques sur le même masse de choses.

Il nous faut examiner aussi les effets que produit cette pluralité de sujets sur le contenu du droit de l'associé.

Nécessairement, les droits identiques sur une même chose doivent s'exercer de façon à ne pas se paralyser réciproquement. Il en résulte qu'ils doivent se limiter afin de pouvoir coexister. A côté de la limitation provoquée par les exigences du but, il convient d'en relever une seconde, tenant à la nécessité du respect de tous les droits en présence. Cette limitation se traduit de façons différentes, suivant les diverses facultés. Ainsi, pour ce qui est de

l'*usus*, elle consiste dans une limitation de durée, afin que chaque associé puisse user de la chose à son tour. Un livre, par exemple, appartenant à une bibliothèque sociale ne saurait être retenu indéfiniment par un seul associé. Pour ce qui est du *fructus* et de l'*abusus*, la limitation de la jouissance impliquée par la pluralité de sujets se traduit par une division matérielle de la quantité totale des fruits et des choses destinés à être consommés.

Quel est l'effet de la pluralité des sujets sur la faculté de disposer ? Cet effet consiste en ceci que la faculté de chaque associé, s'exerçant isolément, est inefficace pour aboutir à des actes valides. Le concours de plusieurs ayants-droit entraîne nécessairement cette conséquence que rien ne peut être fait sans le consentement de tous. Ceci revient à dire que la faculté de disposer entrant dans la composition du droit de l'associé est soumise, quant à son exercice, à la nécessité de l'impulsion collective.

Il serait inexact de dire, à notre avis, que le droit portant sur les choses sociales comprend la faculté d'en disposer librement. Pour préciser le contenu de ce droit il faut s'en tenir à ce que peut faire l'associé envisagé isolément, car tout droit est individuel ; or, l'associé ne peut pas disposer librement des choses sociales, la faculté de disposer entrant dans son droit étant vinculée par la nécessité de subir l'impulsion de l'action collective. D'autre part,

il importe de relever exactement la configuration des facultés qui composent le droit de l'associé, car par là seulement on peut aboutir à une vue nette de sa nature.

Nous touchons maintenant à un point de notre analyse où nous verrons apparaître une importante caractéristique du droit de l'associé. Il est à remarquer que l'accord impliqué par l'action collective dont nous venons de reconnaître la nécessité, ne saurait résulter du libre jeu des volontés individuelles des associés. Certes, le fonctionnement idéal de l'association consisterait en ce que les décisions seraient prises par consentement unanime. Mais ce procédé se heurterait à des difficultés de fait parfois insurmontables, pourvu que l'association fût nombreuse. Il n'est guère besoin de beaucoup insister sur ce point. *Universi consentire non possunt*. Il est rare qu'un grand nombre de personnes, même de bonne volonté, apprécient uniformément l'utilité d'une mesure à prendre. Mais dans les associations nombreuses il faut faire entrer en ligne de compte les mauvais vouloirs aussi, qui pourraient s'opposer aux propositions les plus manifestement utiles. Reconnaître à chaque associé un droit de *liberum veto*, c'est provoquer un conflit perpétuel de volontés, c'est vouer l'association à une immobilisation stérile. Or ceci ne peut pas être. On s'associe en vue d'une fin à atteindre : il faut donc que l'association adopte un régime qui assure la réa-

lisation du but. C'est dire qu'on devra avoir recours à la constitution d'un gouvernement social (1).

Ceci peut se présenter sous la forme du gouvernement par la majorité. On met fin aux divergences ou aux mauvais vouloirs en rendant obligatoire la décision de la majorité.

Il faut reconnaître cependant que ce procédé n'est pas apte à lever tous les obstacles. Il implique la participation de tous les associés à l'exercice de la faculté de disposer. Or, dans les sociétés de commerce et d'industrie les actes de disposition représentent la conduite même des affaires, partant ils impliquent une expérience et des connaissances spéciales. Il est plus que probable que dans le nombre des associés, la plupart, pourvu que, l'association soit nombreuse, ne posséderont pas ces qualités. D'autre part, si l'association compte beaucoup de membres leur réunion pour délibérer serait encore malaisée au point de vue du local. Il se pourrait encore que la gestion des choses sociales impliquât des décisions de détail multiples, devant être prises chaque jour, et avec une rapidité qui ne comporterait pas la délibération d'une assemblée nombreuse, quand même on l'établirait en permanence; ce qui déjà est une impossibilité.

(1) Cf. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 29 et suiv. — Planiol, *op. cit.*, p. 997, t. I.

Voilà plus qu'il n'en faut pour conclure à la nécessité inéluctable qu'il soit constitué, dans l'association, un organe directeur, composé d'une seule personne ou d'un petit nombre de personnes capables d'agir de concert et avec suite, auquel soit délégué le pouvoir de gérer les choses sociales à la place et au nom des associés. Il s'établit de la sorte entre les associés et les personnes constituant la gérance, le rapport qui, en droit, prend le nom de représentation. Au point de vue du droit de l'associé, on peut traduire cette situation en disant qu'il s'opère une séparation entre les facultés de jouir réellement des choses et la faculté d'en disposer, c'est-à-dire d'en jouir au moyen d'actes juridiques (1).

L'exercice de cette dernière faculté est enlevé à l'associé et attribué aux représentants. Les premières restent attachées à l'associé. Cependant, même relativement aux jouissances réelles, la gérance aura des attributions : ainsi c'est elle qui déterminera l'ordre dans lequel chaque associé aura à exercer son *usus* ou les portions sur lesquelles devront s'exercer le *fructus* et l'*abusus*.

Dans toute son activité, cependant, la gérance (l'administration, la direction) ne fait qu'exercer les facultés compétant aux associés. Tous les pouvoirs juridiques appartenant aux représentants doivent,

(1) Cf. Ihering. *Evolution du droit*, p. 150, n° 108.

par conséquent, être censés entrer à titre d'éléments constitutifs dans le droit de l'associé.

En somme la faculté la plus profondément affectée par la création de l'organisme représentatif est la faculté de disposer. Cette faculté, dans le droit de l'associé, nous apparaît avec cette triple caractéristique : 1° de ne pouvoir produire d'effets que dans le sens commandé par le but social ; 2° d'être vinculée dans son exercice par une étroite dépendance des facultés similaires des coassociés, ce qui l'assujettit à une impulsion collective ; et 3° de devoir être déléguée à un organisme représentatif. Chez les représentants la faculté de disposer présente encore très perceptible la première caractéristique. La seconde s'efface, pour ainsi dire, par le fait que l'organe représentatif centralise en lui les facultés de disposer de tous les associés, et, à la place de leurs volontés multiples, il substitue sa volonté unitaire. Par là la gestion apparaît unifiée, concentrée. Elle est toujours, cependant, à base collective, car elle repose sur le consentement d'une collectivité. Ce consentement, seulement, doit nécessairement être donné d'avance et ne comporte pas la détermination précise des actes à faire.

Insistons un peu sur cette dernière idée.

La délégation des pouvoirs de gérer les choses sociales, ne saurait avoir le caractère d'un mandat impératif. Les gérants ne doivent pas se borner à

exécuter les résolutions prises par les associés, car ce sont précisément les difficultés qui entravent ces résolutions qui déterminent la création de la gérance. Il faut que les représentants jouissent d'une grande liberté d'initiative, ayant à décider eux-mêmes de la résolution à prendre à la place des associés⁽¹⁾. Leur situation se rapproche de celle des tuteurs plus que de celle des mandataires ordinaires.

Il convient de remarquer que la création d'un organe représentatif n'est pas d'une nécessité absolue dans toutes les associations. La distinction, quant à leur exercice, entre les facultés qui procurent des jouissances réelles et la faculté de disposer n'est pas un fait qui se rencontre dans tout droit d'associé. C'est dire qu'à parler strictement, la délégation de la faculté de disposer n'est pas vraiment caractéristique du droit de l'associé. En effet, dans les associations peu nombreuses, les difficultés qui réclament la création d'un organe directeur ne sont pas vraiment sensibles. Ici, il se peut que les associés, choisis *intuitu personæ*, possèdent toutes les connaissances spéciales qui les mettent à même de participer utilement et directement à la gestion ; ils peuvent aussi, étant peu nombreux, faire tous de la direction des affaires sociales leur principale occupation. Pour les mêmes raisons ils peuvent réussir à tomber faci-

(1) Cf. Boistel, *op. cit.*, t. II, p. 42.

lement d'accord. Dans tous ces cas le droit de l'associé garde encore la caractéristique d'obéir à une impulsion commune, mais ne comporte plus la séparation entre l'intérêt et la disposition. Néanmoins, abstraction faite de ces cas, cette séparation peut être tenue pour caractéristique du droit de l'associé, car elle se rencontre toujours et nécessairement dans les associations ouvertes — c'est-à-dire qui admettent l'adjonction de nouveaux membres — et qui représentent l'immense majorité des associations de tous genres, et en même temps les plus importantes : celles du droit public, les sociétés par actions, et les associations à but non lucratif, pour la plupart, y compris les fondations.

Dans ce qui précède nous avons eu en vue la réalité même de la situation qu'on appelle association, dont nous avons scruté les exigences, afin d'atteindre leurs effets qui se ramènent à des manières d'agir — plus précisément, de jouir — pour les associés. Ensuite nous avons traduit ces manières d'agir en facultés, réparties et groupées, d'après la norme de l'égalité, autour de chaque associé, comme sujet. C'est dire que nous avons contemplé la situation à travers le prisme composé par ces deux idées, découlant de la notion fondamentale de droit : 1^o Les droits ne peuvent appartenir qu'à l'homme ; et 2^o Tout droit est individuel. L'ensemble des facultés compétant à chaque associé représente le contenu

de son droit, que nous nous sommes proposé d'examiner dans cette section. Rapprochons, à titre de conclusion, dans un court résumé, les différents éléments que nous a révélés notre analyse :

Le droit de l'associé sur les choses sociales ne comporte que des formes de jouissance limitées par la nécessité d'être conformes au but ; ceci exclut notamment les facultés d'aliéner, d'engager et d'hypothéquer, en vue d'un intérêt extra-social, et à effet opposable aux coassociés ; ceci exclut encore les demandes de partage, tant que dure l'association.

Cependant, entre ces limites, le droit de l'associé peut présenter, dans des combinaisons variables suivant les buts, tous les aspects des jouissances possibles, tant réelles que juridiques, mais avec ces particularités : *a*) quant aux premières, d'être une fraction seulement de la jouissance totale que peut procurer la chose, et *b*) quant aux secondes, d'être assujetties à une impulsion commune. Enfin, dans la grande majorité des cas, le droit de l'associé aura la particularité de comporter la séparation de l'intérêt et de la disposition, par l'attribution de cette dernière à des représentants.

Deux idées permettraient de caractériser brièvement la physionomie du droit de l'associé : l'idée de l'indisponibilité des choses sociales, par rapport aux actes d'intérêt privé, et l'idée de gestion concentrée, par rapport aux actes d'intérêt social.

SECTION II

Dans cette section nous étudions la nature du droit de l'associé que nous avons défini dans ses éléments, dans la section précédente. La question qui se pose est la suivante : Peut-on identifier le droit de l'associé à un des droits reconnus et décrits par la doctrine, ou bien y a-t-il lieu de conclure que c'est un droit *sui generis*, présentant des particularités qui lui impriment une physionomie spéciale ?

On sait que la manière de répondre à cette question constitue précisément la source des différences existant entre les divers systèmes qui, d'autre part, s'accordent à rejeter comme fausse et inutile la notion de la personnalité morale, et rattachent les droits portant sur les choses sociales aux associés mêmes.

Nous consacrons un paragraphe spécial à l'étude de chacun de ces systèmes.

§ 1. — *Système de la copropriété*

Dans ce système les choses sociales sont censées appartenir aux associés sous la forme de la copropriété. Nous savons déjà que tel est le point de vue de M. Van den Heuvel. Il convient de préciser que

d'après cet auteur, la forme d'appropriation des choses sociales n'est pas identique au type de la copropriété, tel qu'il apparaît dans la doctrine moderne et même chez les jurisconsultes romains. Il la conçoit comme une copropriété spéciale, caractérisée par les effets que la doctrine classique fait découler de la personnalité morale. L'explication de ces effets, dans la copropriété des associés, résulte, selon M. Van der Heuvel, de l'idée de dérogation. C'est précisément le rôle d'autoriser ces dérogations que M. Van der Heuvel assigne à la loi ou au décret qui, selon la théorie classique, confèreraient la personnalité morale.

Le même point de vue qui assimile le droit de l'associé à une copropriété spéciale se rencontre chez MM. de Vareilles-Sommières, Boistel, Mongin, et, dans les cas où ils rejettent la notion de personnalité morale, chez MM. Thaller et Sauzet. Chez les deux premiers auteurs la thèse se présente avec des nuances qu'il convient de préciser.

M. de Vareilles-Sommières appelle les associés tantôt propriétaires, tantôt copropriétaires. Evidemment, l'auteur conçoit le droit de copropriété, conformément à la doctrine en cours, comme un droit de propriété pour une quote-part, sur une chose indivise. Aussi, pour démontrer l'existence de la copropriété entre les mains des associés, M. de Vareilles-Sommières s'attache à démontrer que les associés

possèdent les facultés qui caractérisent la propriété, notamment la faculté de disposer de la chose. Envisageant d'abord les associations fermées et temporaires, M. de Vareilles-Sommières observe que « l'associé conserve le droit d'aliéner et d'engager isolément et utilement sa part dans les objets sociaux, seulement l'aliénation ou l'engagement qu'il consent n'est pas opposable à ses coassociés. L'acte est valable contre lui et a chance de produire ses effets à la dissolution... » (1). Elargissant ensuite son point de vue de manière à embrasser toutes les associations, l'auteur fait remarquer que « dans toute association le droit de disposer des objets sociaux, l'attribut suprême et essentiel du droit de propriété, existe sous une autre forme, avec une efficacité éclatante aux mains des associés. Ils peuvent, en effet, à eux tous soit directement soit par l'intermédiaire de l'administrateur fondé de pouvoir de tous, disposer de leurs biens communs aussi librement qu'un particulier de sa chose (2). »

M. de Vareilles-Sommières reconnaît bien que l'associé ne peut pas reprendre pour son usage exclusif son apport ou sa part dans le fonds social, mais de là, nous dit-il « il faut conclure simplement cette chose évidente, qu'il a limité et diminué son droit de

(1) *Les personnes morales*, p. 309, n° 672.

(2) *Ibid.*, p. 310, n° 673.

propriété, et non qu'il l'a perdu. Il y a bien d'autres propriétaires qui restreignent par des engagements, par des démembrements, leur droit de propriété... Le bailleur ne peut reprendre au locataire ou fermier la chose qu'il lui a louée. Ceux qui ont grevé de servitudes leurs immeubles ne peuvent faire de ces immeubles un usage contraire à la servitude... (1). »

M. de Vareilles-Sommières conclut que « la propriété digne de ce nom se retrouve toujours aux mains des associés ». Il convient cependant d'ajouter que l'auteur voit encore exister, au profit de chaque associé, en outre d'un droit de copropriété, un droit réel de rétention portant sur les parts indivises des associés : « Chaque associé, dit M. de Vareilles-Sommières, par le contrat, non seulement s'oblige envers les autres à effectuer et à maintenir son apport mais crée à leur profit un droit réel sur sa part divise ou indivise dans les biens appliqués à la poursuite du but social.

« Qu'on appelle ce droit comme on voudra, droit de rétention, droit d'usage, droit de mitoyenneté, il est certain que les parties ont voulu le créer. Elles ont voulu que les choses ou la part indivise appliquées par chaque associé à la commune entreprise fussent appliquées dans toute la force du mot à

(1) *Ibid.*, p. 311, n° 674.

l'exécution de ses engagements... L'associé a pu créer ce *jus in re* car les propriétaires ont le droit de disposer de leurs biens, d'aliéner en tout ou en partie, de démembrer leurs propriétés. Sans cette affectation réelle de la part de l'associé à la poursuite du but commun l'association n'aurait pas de lendemain assuré, ne pourrait pas fonctionner. Aussi toutes les législations du monde la reconnaissent et la font respecter (art. 1860, C. civ.) (1). »

Rapprochons de cette manière de voir la thèse de M. Boistel : « Le fonds social, dit l'auteur, ... est, dans la vérité des choses, la copropriété de tous les associés. Ceux-ci en sont copropriétaires par indivis. (2) »

A côté du droit de copropriété, M. Boistel distingue encore, au profit de chaque associé, un droit réel portant sur les parts indivises des autres coassociés ; en effet, « cette copropriété, continue M. Boistel, est affectée d'une modalité spéciale qui non seulement n'existe pas en fait dans l'indivision ordinaire, mais qui est même formellement prohibée, au moins au delà d'une certaine durée, par plusieurs législations, notamment par l'article 815 du Code civil français. Cette modalité c'est l'engagement pris par tous les associés de maintenir l'indivision pendant toute la durée de la société, afin que le fonds commun puisse,

(1) *Op. cit.*, p. 304, n° 664.

(2) *Cours de philosophie de droit*, t. II, p. 12, n° 308.

tant qu'elle durera, servir à la réalisation de l'objet social. C'est ce qu'on peut appeler (malgré les scrupules qu'a soulevés ce mot) *la servitude d'indivision*, qui grève tous les biens sociaux, ou l'état d'indivision permanente dérogeant à la règle de l'article 815 du Code civil. »

En somme la thèse chez les auteurs se rattachant à ce système, consiste à considérer le droit de l'associé comme un droit de copropriété spéciale, caractérisée par les effets de la personnalité morale, qu'on explique tantôt par l'idée de dérogation, tantôt par celle de droit réel portant sur toutes les parts indivises, et doublant, pour ainsi dire, le droit de copropriété de chaque associé.

Cette assimilation du droit de l'associé à la copropriété est-elle satisfaisante ?

A notre sens il faut répondre par la négative.

Elle se heurte, en effet, à plusieurs objections.

Voilà la première :

La conception qu'on se fait généralement de la copropriété est incompatible avec la situation où se trouvent les associés. La copropriété implique, à titre d'éléments essentiels, certains effets qui ne sauraient se réaliser dans l'association, sans rendre impossible son fonctionnement. Les facultés qui caractérisent le droit de l'associé, loin d'être identiques, s'opposent en une saisissante antithèse aux facultés qui appartiennent aux copropriétaires.

Justifions cette assertion.

Le Code civil est fort sobre d'indications sur la copropriété, qu'on appelle aussi indivision. C'est la doctrine qui en a élaboré le concept. D'après le témoignage des auteurs modernes ses caractéristiques sont les suivantes (1) :

Au point de vue conceptuel :

1° La copropriété est l'état du droit de propriété compétant à plusieurs personnes sur une seule et même chose ;

2° La chose reste indivise ; le droit de chaque indivisaire porte sur chaque molécule de la chose commune sans se localiser sur une portion déterminée. Ce qui est divisé, c'est le droit. Chaque copropriétaire a, non pas une part matérielle de la chose, mais une quote-part idéale ou abstraite du droit, de nature purement intellectuelle ;

Au point de vue des effets :

3° La quote-part de chaque indivisaire figure dans son patrimoine et s'y confond avec les droits portant sur les biens lui appartenant privativement : elle peut en principe y être saisie par ses créanciers personnels, l'article 2205 du Code civil ne visant que l'indivision établie sur une universalité ; elle

(1) Nous avons eu en vue surtout l'ouvrage de MM. Aubry et Rau, t. II, § 221, 4^e édit. — Cf. Josserand. *Essai sur la propriété collective*, dans le *Livre du Centenaire*, p. 357-359. — Margat. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905.

peut encore être frappée par les hypothèques légales et judiciaires qui grèvent ses biens ;

4° Chaque copropriétaire peut, pendant l'indivision, disposer de sa quote-part de toutes les façons compatibles avec la nature intellectuelle de ce droit. Ainsi, il peut l'aliéner ou la grever de droits réels. Le sort de ces actes sera subordonné au résultat du partage, dont l'effet est déclaratif ;

5° Pour ce qui est des actes qui touchent matériellement la chose, l'indivisaire ne peut rien faire sans le concours des autres ayants droit, toutes les fois que ces actes modifieraient, en une certaine mesure, l'usage ou la destination de la chose. Ainsi, ce concours est indispensable pour changer le mode de culture, pour la mise à bail, etc. ;

6° Les copropriétaires ne sont pas obligés de se prêter à l'établissement d'un accord pour les actes qui exigent leur concours à tous, chacun garde son droit de *liberum veto* (1) ;

7° Chaque copropriétaire peut demander le partage quand bon lui semble.

En contemplant ces effets, on dégage aisément, comme caractère dominant de la situation, l'autonomie du droit de chaque indivisaire. Cette autonomie commence à s'affirmer par la position qu'occupe le droit dans le patrimoine de son titulaire où il entre

(1) Cf. Thaller. *Traité de droit commercial*, p. 150, 3^e édit.

dans le gage de ses créanciers personnels ; cette autonomie s'accroît ensuite par la faculté de chaque indivisaire d'aliéner et de grever de droits réels sa part indivise.

La nécessité du concours de tous les copropriétaires pour certains actes touchant matériellement la chose, loin d'affaiblir cette impression d'autonomie, contribue, au contraire, à la renforcer, car tout copropriétaire est absolument libre de donner ou de refuser son consentement sans être obligé de s'incliner devant la décision de la majorité. En somme, chaque quote-part obéit à une impulsion, non pas commune, mais particulariste. « L'indivision, dit M. Josserand (1), laisse les richesses sous la maîtrise des individualités physiques et dans le gage de leurs créanciers personnels ; en réalité elle constitue une organisation purement individualiste ; elle n'a rien de social. » M. Planiol voit comme caractères propres de l'indivision « l'isolement et l'indépendance » des droits individuels (2).

Cette situation présente de graves inconvénients. Le droit de *liberum veto* de chaque copropriétaire peut engendrer un conflit perpétuel de volontés et rendre impossibles toute innovation, toute amélioration. L'indivision est stérile. « L'indivision, dit

(1) *Essai sur la propriété collective*, dans le *Livre du Centenaire du Code civil*, p. 357-379.

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 977, 3^e édit.

M. Planiol (1), est un état de torpeur forcée, et en même temps une source de discordes. Si on veut qu'une entreprise ne marche pas on n'a qu'à la soumettre à ce régime. » Ceci imprime un nouveau caractère à la situation : la précarité. L'indivision n'a pas de but en elle-même, elle doit être envisagée comme une phase de transition, sans stabilité, du droit individuel, présentant une forte tendance au partage. La faculté de demander le partage nous apparaît donc comme un caractère essentiel de la copropriété.

Autonomie des droits individuels, stérilité et précarité de la situation : voilà ce qu'on relève de caractéristique pour la copropriété, d'après l'analyse que donne la doctrine courante de ses effets.

Si l'on jette maintenant un coup d'œil sur le droit de l'associé on s'aperçoit aisément que loin de présenter des caractéristiques identiques, il tranche sur la copropriété comme un état nettement antithétique.

En premier lieu l'autonomie des droits individuels est remplacée par une étroite dépendance réciproque. Le droit de chaque associé figure bien dans son patrimoine, mais sans s'y confondre avec les droits portant sur les biens qu'il possède privativement. Les choses sociales n'entrent pas dans le gage des

(1) *Ibid.*, p. 997, n° 3044.

créanciers personnels de l'associé et ne sont pas atteintes par les hypothèques légales et judiciaires qui grèvent les biens privés de celui-ci, pas plus qu'elles ne sont susceptibles d'être mises en gage ou grevées d'hypothèques conventionnelles par l'associé agissant en vue d'un intérêt extrasocial. Pour ce qui est de la faculté de disposer dans le sens du but social, nous avons vu que l'associé n'en a pas le libre exercice. Il faut que les associés agissent ensemble, soit qu'ils participent personnellement aux actes de disposition, soit qu'ils en chargent un organe représentatif, qui opère à la place et au nom de tous. Mais, dans cette action collective, les volontés des associés ne sont pas libres : ils doivent s'incliner devant la décision de la majorité ou se soumettre aux résolutions des représentants. Les choses sociales apparaissent comme obéissant non pas à des impulsions particularistes, mais à une impulsion collective. Les droits individuels au lieu d'être autonomes se présentent réunis en faisceau par une étroite solidarité.

Ce régime tient à une situation caractérisée par des notes franchement opposées à celles qu'on rencontre dans l'indivision. Celle-ci est un état de torpeur forcée. L'association est une organisation active et féconde. Dans l'indivision il y a juxtaposition accidentelle et passive d'intérêts, dans l'association il y a union voulue et productive. « Dans l'association,

dit M. Boistel (1), il faut que l'union des efforts humains soit féconde. C'est là ce qui fait la valeur économique de l'association, c'est par cela qu'elle contribue efficacement et avec une puissance propre à la production générale. C'est le trait vraiment caractéristique des sociétés, par opposition à d'autres états de fait analogues. Une union purement passive de droits et d'intérêts serait une simple communauté, ou une indivision, ou une copropriété, ce ne serait pas une société ». « La société, dit aussi M. Thaller (2), est un état cherché en raison de sa supériorité productive. L'indivision ordinaire est un état subi tenant au concours accidentel de plusieurs sur la même chose. »

A la stérilité de l'indivision s'oppose donc la fécondité de l'association. Dans l'indivision, cette stérilité entraînait le précarité du régime et lui communiquait une vive tendance au partage. La productivité de l'association lui confère, au contraire, une grande stabilité et rend inadmissible pour l'associé la faculté de demander le partage quand bon lui semblerait. La poursuite du but social exige le maintien des choses sociales sous le régime social.

En résumé, le droit de l'associé se présente avec une physionomie précisément antithétique par rap-

(1) *Op. cit.*, p. 9, n° 306, t. II.

(2) *Traité de droit commercial*, 3^e éd., p. 150.

port à celle de la copropriété ; on y trouve la dépendance étroite des droits individuels, au lieu de leur autonomie, la fécondité et la stabilité du régime, au lieu de sa stérilité et de sa précarité.

Dans ces conditions est-il rationnel de faire entrer le droit de l'associé dans la catégorie de la copropriété ? Peut-on légitimement envisager sous le même concept deux situations aussi différentes que l'association et l'indivision ? La réponse négative nous semble s'imposer. Dira-t-on qu'il faut concevoir le droit de l'associé comme une copropriété spéciale, comme une espèce contenue par le genre copropriété ? Tel paraît être le point de vue des auteurs qui assimilent le droit de l'associé à la copropriété. « S'il n'y a pas dans toute indivision une société, il y a au contraire dans toute société une indivision » dit M. Boistel (1).

Cette thèse ne nous semble pas admissible. Logiquement parlant, chaque espèce doit contenir tous les éléments essentiels qui entrent dans la définition du genre. Les éléments nouveaux qui fixent la physionomie de l'espèce doivent s'ajouter aux éléments génériques, sans les contredire. Or ce n'est pas le cas pour le droit de l'associé, par rapport à la copropriété. Les facultés qui forment son essence se posent comme la négation même des facultés essen-

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 12, n° 308.

tielles entrant dans le concept de la copropriété. Le droit de l'associé ne saurait donc être rationnellement envisagé comme une espèce contenue par le genre copropriété. Ce serait légitime si on vidait le concept de copropriété des éléments que nous y avons relevés comme essentiels, d'après la doctrine courante, et que résume l'idée d'autonomie des droits individuels, et si on le faisait signifier une chose bien vague, savoir : une forme d'appropriation d'une même chose par plusieurs ayants-droit, abstraction faite du contenu des droits. Il n'y a, en effet, que cette qualité qui constitue un élément commun aux droits du copropriétaire et de l'associé.

Ce n'est pas, cependant, dans ce sens qu'on prend généralement le mot de copropriété. Pour la doctrine en cours, il présente une signification autrement précise et compréhensive, embrassant l'ensemble des effets que nous avons déjà énumérés.

Il y aurait, d'autre part, un sensible désavantage à appauvrir le concept de copropriété. Il existe, en effet, des situations, — celle par exemple des cohéritiers appelés à une même succession, celle encore de plusieurs acheteurs d'un même bien, — auxquelles il s'adapte parfaitement, au point de vue pratique. Et la théorie doit pouvoir mettre à la disposition de la pratique, pour toutes les catégories de situations que révèle la vie, des notions qui permet-

tent d'atteindre, par voie déductive, l'ensemble des règles qui régissent ces situations.

Or, si l'on persiste à considérer comme essentiels pour le concept de copropriété les effets qu'y rattache la doctrine courante et qui ne sauraient se concilier avec les exigences de l'association, la raison s'oppose à ce qu'on revête le droit de l'associé de la forme idéale de la copropriété. Il faut, en premier lieu, envisager le droit de l'associé comme une forme d'appropriation radicalement différente de la copropriété, et, en second lieu, il faut traduire cette différence dans les mots aussi, en désignant les deux droits en question sous des expressions distinctes.

Nous venons d'exposer la première objection qui nous semble s'opposer à ce que le droit de l'associé soit conçu comme un droit de copropriété. Mais, la thèse des auteurs qui veulent assimiler ces deux droits appelle une seconde objection que nous allons développer.

Elle tend à prouver qu'au cas même où cette assimilation serait légitime, le concept de copropriété, tel qu'il est posé par la doctrine courante, ne serait pas apte à remplacer de manière satisfaisante la notion de personnalité morale, car il renferme, lui aussi, des propositions inadmissibles. « Dans tout l'arsenal de nos législations modernes, dit M. Josserand, il n'est peut-être pas une institution qui soit

aussi équivoque et déconcertante que la copropriété avec indivision (1). » Nous souscrivons volontiers à cette appréciation, mais non sans réserves. Une distinction est nécessaire. Au point de vue des effets qu'on lui fait produire, la copropriété nous semble parfaitement adaptée aux besoins de certaines situations de la vie, telle la situation des cohéritiers appelés à une succession, des acheteurs en commun d'un bien, etc. Mais la copropriété, même dans ces cas, reste critiquable au point de vue conceptuel. Il s'agit de défauts d'ordre logique et non pratique. Aussi, selon nous, ils ne sont pas de nature à provoquer, comme le voudrait M. Jossierand, « la déroute complète et définitive » de l'institution, mais de nature à réclamer son remaniement conceptuel.

En effet, d'après la doctrine en cours, le droit du copropriétaire est envisagé comme un état, comme une variante du droit de propriété. Le copropriétaire, dit-on, est propriétaire, pour une quote-part, d'une chose indivise. Tel est aussi le point de vue des auteurs qui ramènent le droit de l'associé à la copropriété.

Ceci nous semble inadmissible, contradictoire. Les attributs caractéristiques de la propriété ne se retrouvent pas dans le droit du copropriétaire. On identifie deux choses qui diffèrent par des points

(1) *Op. cit.*, p. 370.

essentiels. C'est M. Josserand qui, le premier, a tâché de mettre ceci en lumière. Après avoir donné l'énumération des effets que la doctrine tient pour caractéristiques de la copropriété et après avoir rappelé la vue théorique d'après laquelle l'indivisaire serait propriétaire pour une quote-part, M Josserand ajoute : « Nous ne pensons pas qu'on puisse accumuler en si peu de phrases plus de contradictions et d'invéraisemblances. Voilà un droit qui rentre dans la catégorie des droits réels, que l'on présente comme une simple variante de la propriété pleine et entière, et, quand il s'agit de lui assigner un objet précis, on doit reconnaître qu'à vrai dire il n'en a pas, sa nature purement idéale s'y opposant de façon décisive : les parts des copropriétaires, déclare-t-on, ne constituent pas de corps certains. Nous sommes donc en présence d'une propriété existant en dehors d'un corps certain alors que, d'après un principe de raison universellement admis, la propriété, à raison même de sa plénitude et de son énergie, ne saurait porter que sur un objet déterminé, alors qu'elle vit de précision. (1) »

Et plus loin, constatant que le copropriétaire, d'après la doctrine classique, ne peut aliéner que sa quote-part de droit, et non l'objet entier sur lequel il porte, M. Josserand continue : « Nous assis-

(1) *Op. cit.*, p. 371.

tons à un dédoublement curieux entre le droit et son objet, dédoublement particulièrement inattendu pour le droit de propriété qui, de mémoire de jurisconsulte, s'incorpore à son objet au point de ne faire qu'un avec lui et de se matérialiser ainsi profondément (1). »

Ces considérations critiques amènent M. Josserand à la conclusion suivante : « S'il (l'indivisaire) ne peut pas assigner à son droit une assiette précise, c'est qu'il n'est pas propriétaire, c'est que ce droit se réduit à un simple rapport personnel... Le droit de l'indivisaire se présente, malgré tout, comme un droit de créance, mais alors comment expliquer qu'il comporte l'hypothèque?... Il faut donc renoncer à se faire une idée rationnellement satisfaisante de l'indivision romaine (2). »

La conclusion de M. Josserand est nôtre aussi, pour ce qui est de l'assertion que le droit du copropriétaire n'est pas un droit de propriété, mais elle nous semble excessive, quand l'auteur conteste à la copropriété le caractère de droit réel, et quand il déclare qu'il est impossible de s'en faire une idée rationnelle.

Pour présenter avec précision notre manière de voir il nous faut entrer dans quelques développements sur le concept de propriété.

(1) *Op. cit.*, p. 373.

(2) *Ibid.*, p. 372-373.

On définit généralement la propriété un droit illimité et absolu, conférant à son titulaire tous les pouvoirs possibles sur une chose. C'est la *plena in re potestas* (1). Le propriétaire peut, dit-on, non seulement tirer de son bien toutes les jouissances réelles ou juridiques qui laissent intacte la substance de la chose, mais encore il a la faculté d'utiliser son bien en transformant sa substance, en le consommant, et même en le détruisant; quand même cette dernière manière d'agir ne lui procurerait aucun avantage, quand même cela lui serait nuisible.

C'est, dit-on, cette dernière faculté — qu'on appelle *abusus* — qui caractérise le droit de propriété, parée qu'elle seule lui appartient en propre, tandis que les autres se rencontrent encore dans des droits réels plus limités. La propriété, outre le caractère d'être un droit illimité, possède encore le caractère d'être un droit exclusif, « c'est-à-dire qu'elle consiste dans l'attribution de la jouissance d'une chose à une personne déterminée à l'exclusion de toutes autres » (1). Ce caractère est de son essence, et se déduit du premier : on conçoit, en effet, que l'existence d'un droit, au profit d'une seconde personne, sur la même chose, limiterait le droit de la première personne, ce qui porterait atteinte au droit de propriété, conçu comme absolu.

(1) *Inst.*, 2, 4, *De usufr.*, 4.

(2) *Planiol, op. cit.*, 3^e édit., t. I, p. 745, n° 2329.

Bref, la propriété est « le droit, disent MM. Aubry et Rau, en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une façon absolue et exclusive à l'action et à la volonté d'une personne » (1). Et tous les auteurs en donnent des définitions ne différant de celle-ci que par les mots.

Cependant, tous les auteurs, après avoir défini de la sorte la propriété, s'empressent d'ajouter, nonobstant toute contradiction, que l'exercice matériel du droit de propriété comporte de nombreuses restrictions. Tel est aussi le langage du Code civil : La propriété, dit l'article 544, est « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ». On n'a pas manqué de faire remarquer que l'article 544 contient deux propositions contradictoires (2). On pourrait même ajouter que la première proposition de cet article renferme une autre contradiction, car il y est question d'un absolu à degrés !

Il est évident que la manière classique de concevoir et de définir la propriété est défectueuse. Puisqu'il existe de nombreuses restrictions légales qui limitent les prérogatives que confère la propriété, il est faux de dire que ce droit est absolu (3). Mais,

(1) § 190.

(2) Planiol, *op. cit.*, p. 746, n° 2333.

(3) Cf. Planiol, *ibid.*, et de Vareilles-Sommières. « Définition de la propriété ». *Revue trimestrielle*, 1905.

il y a plus. Une évolution se dessine dans les esprits qui semble devoir aboutir à retrancher du concept de propriété une des formes de l'*abusus*, savoir : le pouvoir de détruire inutilement la chose. On se pénètre tous les jours davantage de cette vérité que la protection sociale qui fait un droit d'une jouissance n'est pas due aux actes qui consistent en gaspillages et en destructions d'utilités (1). Ces actes, à vrai dire, ne sont pas des jouissances dans l'acception saine du mot et, par conséquent, ils ne sauraient constituer la matière d'un droit. On est arrivé à voir clairement que les droits ne sont pas établis uniquement dans l'intérêt de leurs titulaires, mais encore dans l'intérêt social, (2) qui sera servi — indirectement, certes — mais alors seulement que les individus exerceront leurs droits dans le sens productif d'utilités. Aussi, les droits ne paraissent plus devoir être conçus que dans

(1) Cf. Boistel, *op. cit.*, t. I, n° 208. — Planiol, *op. cit.*, p. 746, n° 2331.

(2) Cf. Duguit. *Droit constitutionnel*. — « La propriété immobilière, capitaliste et héréditaire ne peut s'expliquer que par son utilité sociale et l'on n'aura démontré qu'elle est légitime que si l'on démontre qu'à une époque donnée elle est socialement utile... La propriété n'est point un droit intangible et sacré, mais un droit continuellement changeant qui doit se modeler sur les besoins sociaux auxquels il vient répondre ». p. 644. — Adde Ihering. *Evolution du droit*, p. 351 : « Tous les droits du droit privé, même ceux qui ont l'individu pour but immédiat, sont influencés et vinculés par des considérations sociales. »

les limites tracées à la fois par l'intérêt individuel et l'intérêt social.

Mais entre ces limites il y a place pour un droit large, plein, comportant non pas, certes, la faculté de détruire une chose par pure fantaisie, mais l'ensemble des formes de jouissance effective qu'une chose est susceptible de procurer, et qui sont compatibles avec l'intérêt social. Nous y comprenons non seulement les jouissances réelles, résultant tantôt de l'utilisation des propriétés de la chose, et de ses produits (l'*usus* et le *fructus*), tantôt de la transformation de la substance et de sa consommation (l'*abusus*), mais encore les formes de jouissance idéale, consistant dans le transfert à autrui, par actes juridiques, à titre onéreux ou gratuit, du droit entier ou de quelques-unes seulement des facultés qu'il contient. Ce droit plein, c'est la propriété. Une définition brève qui convienne à ce droit ainsi conçu nous semble être la suivante : un droit sur la chose qui confère à son titulaire la liberté du choix entre toutes les formes de jouissance légales que comporte la chose. Par l'idée de libre choix cette définition laisse apercevoir aussi le caractère de la propriété d'être un droit exclusif, en même temps que par l'idée de jouissance, — qui écarte les actes de destruction inutile, — elle nous semble donner satisfaction aux tendances nouvelles.

En possession de cette conception de la propriété,

il est facile de s'apercevoir qu'elle ne pourrait convenir pour caractériser le droit du copropriétaire. D'abord la copropriété représente l'appropriation d'une même chose par plusieurs personnes. C'est dire que le droit du copropriétaire manque de ce caractère — essentiel pour la propriété — d'être un droit exclusif. D'autre part, l'existence de plusieurs ayants-droit relativement à la même chose implique nécessairement le fractionnement entre eux de la jouissance totale que peut offrir la chose. Ceci enlève à la copropriété le second caractère de la propriété, celui d'être le plus large droit possible sur une chose, c'est-à-dire de conférer à son titulaire l'intégralité de la jouissance permise par la loi, à l'égard de la chose appropriée. Or, dire d'un caractère qu'il est essentiel pour une chose, c'est dire que cette chose n'existe pas, toutes les fois que le caractère dont il s'agit fait défaut.

Dira-t-on que la propriété existe avec tous ses caractères aux mains de tous les copropriétaires, envisagés ensemble ? C'est la conception que suppose le langage de la doctrine. Chaque copropriétaire, dit-on, a une quote-part idéale ou abstraite du droit entier de propriété portant sur l'ensemble de la chose. Mais ce point de vue met en œuvre une fiction, un droit imaginaire. Tout droit concret est individuel, car il ne se meut qu'entre les limites d'une conscience, qui ne se réalise que dans l'individu. Il n'existe pas dans

l'indivision un droit unique de propriété rattaché, à plusieurs sujets. Le concevoir c'est réaliser une simple vue de l'esprit, qui ne correspond à rien de réel. Cependant l'indivision nous met en présence de droits concrets, effectifs, savoir autant de droits qu'il y a d'indivisaires. Ce sont ces droits qu'il s'agit de concevoir et de définir. Pour les saisir il faut s'attacher à ce que peut faire chaque copropriétaire, isolément envisagé, car c'est l'étendue des facultés individuelles qui représente l'étendue du droit, et, conséquemment, détermine la nature du droit. Or le droit du copropriétaire, par rapport à l'ensemble de la chose, n'est pas plein. Certes, il deviendra tel après le partage, et relativement à une partie déterminée de la chose. Alors le copropriétaire sera véritable propriétaire de cette partie déterminée, mais la question est de concevoir la nature du droit antérieur au partage, et à cette époque il est illégitime de l'envisager comme une variante de la propriété.

L'idée de quote-part idéale ou abstraite ne dit rien de précis, n'avance en rien la conception. Il existe bien des quote-parts dans l'indivision, mais ces quote-parts ne sont nullement idéales ou abstraites, elles sont concrètes : ce sont des quote-parts non pas de la chose — la chose est indivise — mais de la jouissance totale que peut offrir la chose entière. Et chaque quote-part de jouissance constitue non pas une quote-part de droit, mais un droit entier : tout

le droit qui compète à chaque copropriétaire. Cela étant, quel rôle vient jouer l'idée de quote-part abstraite ou idéale de droit ? Elle vient compliquer inutilement la vision intellectuelle, car son emploi signifie qu'au lieu d'envisager le droit de chaque copropriétaire en lui-même, en ce qu'il est, on le compare à un droit fictif de propriété, et on traduit le résultat de cette comparaison par l'idée de quote-part.

Ceci n'apporte aucune clarté à la conception. En somme, tous les droits limités sont des parts du droit de propriété. Cependant on n'a rien dit de précis, en disant, par exemple, que l'usufruit est une part de la propriété. Il faut, pour le saisir, une définition qui fasse voir son contenu. L'idée de quote-part appliquée à la copropriété n'est pas plus apte à la définir que ne l'est pour l'usufruit l'idée de part. A vrai dire, le concept de quote-part de droit implique l'idée de plusieurs droits égaux, identiques, et traduit un fait exact par rapport à la copropriété. Mais par cette formule nous ne sommes pas arrivés à une intuition satisfaisante de la copropriété, car elle ne dit pas en quoi consistent ces droits identiques.

La vraie définition s'attachant à faire voir le contenu du droit du copropriétaire devrait marquer ce fait qu'il ne comprend qu'une fraction de la jouissance totale susceptible d'être tirée de la chose, et présenter cela comme un résultat nécessaire du fait

que le droit du copropriétaire ne se conçoit qu'encadré dans un système de droits identiques,compétant à plusieurs sujets, sur la même chose. Cette définition devrait marquer encore, comme trait caractéristique du droit, le fait qu'il comporte le maximum d'autonomie compatible avec l'existence de plusieurs ayants-droit.

Mais ceci revient à dire que le droit de copropriété n'est ni exclusif ni complet, ou en d'autres termes qu'il n'est nullement une variante de la propriété, comme le prétend la doctrine en cours. Bref, pour conclure, c'est comme un droit *sui generis*, nettement distinct de la propriété, qu'on devrait le concevoir, à notre avis.

Dira-t-on pour repousser notre conclusion par un argument d'analogie que, malgré la définition qu'on donne de la propriété, on ne s'avise pas de contester la qualité de propriétaire à d'autres ayants-droit, qui, eux aussi, n'ont pas une maîtrise complète et exclusive sur une chose, tel le propriétaire qui a donné à bail son immeuble, celui qui l'a affecté d'une servitude ou d'un autre droit réel, etc ?

« Il y a bien d'autres propriétaires. dit M. de Varenilles-Sommières, en faisant allusion à ces cas, qui restreignent par des engagements, par des démembrements, leur droit de propriété et dont personne ne songe à dire qu'ils ne sont plus propriétaires. » L'argument porterait à faux, car, à proprement par-

ler, il est franchement contradictoire d'appliquer le concept de propriété aux cas visés. S'il était vrai que personne n'eût songé à dénoncer la contradiction qu'il y a à envisager la propriété comme un droit large, complet, et à continuer d'appeler propriétaires ceux qui ont limité leur droit par des engagements ou des constitutions de droits réels, cela prouverait uniquement que le crédit qu'on accorde naturellement aux points de vue traditionnels, conduit parfois les juristes à accepter comme des idées irréprochables des illogismes patents, éclatant comme tels aux yeux de toute personne non prévenue par la fréquentation du droit. Mais cette contradiction a été déjà relevée, et encore par un nombre assez grand de juristes. MM. Roguin (1), Ahrens (2), Böcking (3), Girtaner (4), Merkel (5), Hartmann (6), Stobbe (7), reconnaissent que définir la propriété le droit plein et entier sur une chose, et admettre ensuite que, sans y porter atteinte, on peut transférer à autrui une partie des facultés qu'il comprend est une conception dont la fausseté et l'illogisme sautent aux yeux.

(1) *La règle de droit*, p. 272 et s.

(2) Cité par Roguin, *op. cit.*, p. 277.

(3) *Ibid.*

(4) *Jahrb. für Dogmatik*, III, p. 68.

(5) Cité par Roguin, *op. cit.*, p. 277.

(6) *Jahrb. für Dogmatik*, XVII, p. 71.

(7) V. Roguin, *op. cit.*, p. 277.

« Beaucoup d'écrivains, — dit M. Roguin, — après avoir constaté que la propriété comporte le droit de disposition illimitée sur la chose, persistent à appeler propriétaire celui qui a aliéné valablement une partie de ses facultés d'utilisation. Ainsi le propriétaire d'un immeuble affecté d'un bail, d'une hypothèque ou d'un autre droit réel ou personnel quelconque, resterait cependant propriétaire comme devant. Cette opinion nous paraît être le comble de l'absurde. Comment peut-on définir la propriété la faculté illimitée d'usage et de disposition à l'exclusion de toute autre personne et persister ensuite à l'attribuer à celui qui a abandonné partie de ce pouvoir d'utilisation ? C'est vouloir qu'une bouteille soit toujours pleine, malgré l'écoulement d'une partie, peut-être de la totalité du liquide qu'elle contenait (1). »

Et plus loin : « Non, rigoureusement parlant, dit M. Roguin, le seul propriétaire est celui qui n'a aliéné aucun de ses droits sur l'objet de sa maîtrise. Aussitôt qu'il s'est dépouillé d'une attribution quelconque si faible et momentanée qu'elle soit, il n'est plus propriétaire... Ainsi le maître d'un terrain hypothéqué, ne pouvant plus le ruiner ni le vendre autrement qu'à des conditions imposées par la loi, n'est plus propriétaire. Et même nous soutenons que le possesseur d'un bien grevé d'un usufruit ou de

(1) *Op. cit.*, p. 272.

simples servitudes foncières n'est plus propriétaire, non plus que celui qui aurait aliéné, non sous la forme d'un droit réel mais sous celle d'une simple obligation, comme dans un bail, une utilisation quelconque de son fonds (1). »

Tel est, à notre avis, le point de vue pur de contradiction. Pour échapper à l'illogisme il faut nier carrément l'existence d'une propriété qui a subi la moindre diminution. « La propriété est intégrale : toute diminution la fait disparaître exactement comme la soustraction d'une fraction aussi faible qu'il plaira de la fixer, rompra l'unité numérique (2). »

A vrai dire il existerait un second moyen d'éviter la contradiction, consistant à réformer la notion de propriété, — par exemple en cessant d'y voir comme de son essence le caractère d'être le plus large pouvoir permis par la loi, sur telle ou telle espèce de choses (3). Mais nous pensons avec M. Roguin qu'il

(1) *Ibid.*, p. 273.

(2) *Ibid.*, p. 274.

(3) C'est la voie où s'est engagé M. de Vareilles-Sommières dans une étude récente publiée dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 443 et suiv., sous le titre : « Définition et notion juridique de la propriété ». Après avoir critiqué les définitions des auteurs qui présentent la propriété comme un droit illimité, absolu, M. de Vareilles-Sommières nous dit que le droit de propriété n'a qu'un seul vrai caractère, « qui suffit à le distinguer de tous les autres droits réels, qui seul doit figurer dans sa définition et la constitue tout entière... C'est

y a grand intérêt à maintenir dans la science « puisqu'elle est parfois réalisée dans la législation, cette notion de la propriété... aussi omnipotente que le permet une loi donnée à l'égard d'une certaine espèce d'objets. » M. Roguin aboutit finalement à la conclusion suivante : « En résumé la propriété doit être définie le droit le plus étendu donné par la loi sur certaine catégorie de choses (1), et il faut

d'être un droit *général* aux services d'une chose, c'est-à-dire le droit d'en tirer non pas certains services déterminés, non pas un groupe déterminé de services, mais tous les services *sauf exception* » (p. 485).

Nous accepterions volontiers cette définition en tant qu'elle présente la propriété comme un droit général, qui confère la faculté de tirer tous les services d'une chose. Cela équivaut, en somme, à notre propre définition : un droit qui confère à son titulaire la liberté du choix entre toutes les formes de jouissance légales que comporte la chose (V. *supra*, p. 131). Mais M. de Vareilles-Sommières, pour appliquer sa définition aux cas où le propriétaire a restreint son droit par des engagements, par des démembrements, ajoute « sauf exception ». Par là il nous semble gâter lui-même sa définition en lui enlevant ce qu'elle avait de clair et de précis, et en y introduisant la contradiction. En effet, il dit que la vraie et seule caractéristique de la propriété c'est d'être un droit *général*, mais cette généralité n'existe plus dans les cas où intervient l'exception, et qu'est-ce qu'une caractéristique qui ne se rencontre pas dans tous les cas où l'on affirme l'existence de la chose qu'elle caractérise ?

(1) Cette définition nous semble équivalente à la nôtre (V. note précédente), qui précise mieux, cependant, en quoi consiste l'étendue du droit, savoir en la liberté du choix entre toutes les jouissances légales.

admettre qu'elle n'existe plus au profit de personne aussitôt que ce droit a été diminué, même seulement par la création d'obligations. Dans ce cas, il n'existe plus que des pouvoirs limités et de nature diverse sur l'objet (1). »

Nous adhérons sans réserves à cette manière de voir, et par application à la copropriété, nous maintenons notre conclusion que le droit du copropriétaire ne peut pas être conçu comme une forme, comme une variante du droit de propriété. « Pourquoi ne pas avouer, dit aussi M. Roguin, qu'une propriété partagée quelconque entre plusieurs, ne peut être une vraie propriété pour aucun d'eux isolément (2) ? »

On se rappelle que l'illégitimité de l'assimilation de la copropriété à la propriété sert de base à la seconde objection que nous avons adressée aux auteurs qui ramènent le droit de l'associé au droit du copropriétaire. Cependant, même en purgeant le concept de copropriété du vice consistant à l'envisager comme une variante de la propriété, il ne serait pas plus apte à servir d'enveloppe intellec-

(1) Il appartiendrait à la doctrine d'élaborer les notions et les définitions de ces « pouvoirs limités et de nature diverse », et de créer la terminologie respective appropriée. Ce serait tout un travail de technique juridique à faire, dont la science juridique tirerait de réels profits.

(2) *Op. cit.*, p. 277.

tuelle pour le droit de l'associé, car ce droit diffère de la copropriété, en ce qu'il est soumis à une impulsion collective, tandis que le droit de copropriétaire est autonome. La démonstration de ce point a formé l'objet de la première objection.

D'après ce que nous venons de dire sur le droit de propriété, il est manifeste que nous ne pourrions non plus envisager le droit de l'associé comme un droit de propriété pur et simple.

N'y a-t-il pas lieu cependant de le concevoir comme un droit de propriété spéciale, distincte de la propriété individuelle, à laquelle se rapportait le concept étudié? Ceci nous conduit par une transition naturelle à l'étude d'un autre système émis sur la nature du droit de l'associé : le système de la propriété collective ou en main commune. Ceci fera l'objet du paragraphe suivant.

§ 2. — *Système de la propriété collective ou de la propriété commune*

Dans ce système les choses sociales sont envisagées comme formant l'objet d'une forme d'appropriation distincte non seulement de la propriété individuelle mais encore de la copropriété indivise. Il s'agit d'une forme d'appropriation nouvelle, en tant que concept, et par rapport à celles qu'avait dégagées la doctrine au cours du siècle dernier.

C'est, dans le langage de MM. Planiol et Berthélemy, la *propriété collective* (1), et, dans la terminologie de MM. Saleilles et Gény, la *propriété commune* ou *en main commune* (2).

Précisons, avec quelques détails, les conceptions de ces éminents maîtres.

M. Planiol a beaucoup facilité l'exactitude des conceptions en notre matière, en insistant avec force sur la différence qu'il y a entre la forme d'appropriation des choses sociales et la copropriété. « Il faut avoir bien soin, dit notre savant professeur, de distinguer la propriété collective de la propriété indivise ». « Entre ces deux régimes de propriété, la différence n'est pas seulement dans les mots ; ils diffèrent en ce que la propriété collective supprime l'autonomie des parts individuelles. A vrai dire même ces parts n'existent pas : il y a usage commun de la chose ou affectation complète à l'utilité générale... (3). »

D'autre part, M. Planiol appuie sur la nécessité

(1) Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3^e édit., p. 977 et s. — Barthélemy. *Traité de droit administratif*, 3^e édit., p. 32 et s.

(2) Saleilles. « Etude sur l'Histoire des sociétés en commandite » dans les *Annales du droit commercial*, 1895, t. IX, 2^e partie, p. 11 et s. et 1897, t. XI, p. 29 et s. — Gény. *Nouvelle méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif*. Paris, 1899, p. 138-139.

(3) *Op. cit.*, p. 977, note 1 et 977.

de distinguer entre la propriété collective et la propriété individuelle :

« Propriété collective signifie pour moi propriété soumise à un régime autre que celui de la propriété individuelle (1). » En effet, un des caractères de la propriété collective, c'est qu'elle « repose sur le groupement nécessaire des personnes auxquelles elle appartient ».

Ainsi, au lieu d'un titulaire unique comme dans la propriété individuelle nous rencontrons dans la propriété collective une pluralité d'ayants-droit.

Rapprochons de ce fait cet autre fait, relevé encore par M. Planiol, que dans la propriété collective il y a « *affectation* de la chose à l'utilité générale ».

Nous retrouvons ainsi les deux sources d'influences s'exerçant sur le droit de l'associé et travaillant à lui façonner la plastique. En relevant leur présence dans la propriété collective, la conception de M. Planiol nous semble assigner, de façon implicite, à cette espèce de rapport juridique, le contenu même que nous avons analysé dans la première section de ce chapitre, où il nous est apparu se constituant sous l'action des deux influences en question. De manière expresse, M. Planiol souligne au sujet de la propriété collective cette particularité qu'elle ne com-

(1) *Ibid.*, p. 977, note 1.

porte pas le partage tant que dure son affectation à la collectivité. Il met encore en relief la nécessité, pour les richesses collectives, d'être soumises à une gestion unifiée et concentrée, se réalisant au moyen de la représentation générale de la collectivité par « une personne unique » ou « un petit groupe de personnes, capable de prendre vite une décision et d'agir rapidement et avec suite (1) ».

La conception de M. Berthélemy est bien analogue à celle de M. Planiol. Ainsi, M. Berthélemy distingue nettement la propriété collective de la copropriété et de la propriété individuelle (2). Mais sa conception comprend, en plus, l'idée que les membres de la collectivité peuvent être conçus comme formant à eux tous un seul sujet de droit, idée qui nous semble inexacte pour les raisons que nous avons eu déjà l'occasion d'exposer (3).

M. Saleilles (4) revendique pour le droit moderne, et l'applique aux associations personnifiées, la conception de l'ancien régime consistant en une modalité de la propriété appartenant à plusieurs en commun, mais différente de l'indivision romaine, et organisée de telle sorte que tous ces propriétaires

(1) *Op. cit.*, p. 977, note 1, et p. 997, n° 3044.

(2) *Op. cit.*, p. 32.

(3) V. *supra*, ch. I.

(4) *Op. cit.*, notamment n°s 59 et 63.

individuellement eussent les mains liées et ne puissent agir que *communi manu*, en y mettant la main en commun. Cette modalité, dit M. Saleilles, constituait déjà au moyen âge le droit commun universel de l'Europe, et se rencontrait en matière de communautés domestiques, de communautés fraternelles, de communautés rurales, etc. ; elle peut être considérée, par cela même, comme l'origine directe de la conception, élaborée surtout par les juristes allemands, d'une *propriété en main commune*. Les caractères de cette propriété sont les suivants : elle est affectée à une destination exclusive, qui la soustrait au gage commun des créanciers personnels des propriétaires ; de plus, elle est nécessairement soumise à un régime d'administration unitaire, étant indisponible pour tous ceux qui ne sont pas chargés de la gestion, et soustraite aux demandes en partage des propriétaires, pour toute la durée de l'association.

M. Géný (1), analysant les vues de M. Saleilles, déclare lui aussi que c'est « dans une conception particulière de la propriété commune, différente de l'indivision romaine », qu'il faut voir la réponse à la question de savoir quelle est la nature des droits portant sur les biens attribués par la théorie classique à des êtres fictifs.

(1) *Op. cit.*, p. 138-139.

Il résulte de ce sommaire aperçu que, dans le système de la propriété collective ou commune, il s'agit d'une forme d'appropriation spécifique, nouvelle, autre que celles dont l'exposé et l'étude se rencontrent dans les traités de droit.

Précisons, cependant, que cette forme d'appropriation n'est nouvelle qu'au point de vue conceptuel. A titre de fait, existant objectivement, le rapport juridique désigné sous le nom de propriété collective est bien ancien, car il n'est autre que le rapport traduit, dans la théorie classique, par le concept de la propriété individuelle compétant aux êtres fictifs : « La persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective, dit M. Planiol, est pour ainsi dire cachée aux yeux par l'existence d'êtres fictifs, auxquels on prête, au moins dans une certaine mesure, les attributs de la personnalité, qui sont réputés propriétaires, créanciers ou débiteurs... comme de vraies personnes... »

D'autre part, il convient d'ajouter que le concept n'est nouveau que pour la doctrine française du siècle dernier. Il n'était pas inconnu aux juristes de l'ancien régime. Ceci est un point que M. Saleilles prouve abondamment dans son étude précitée.

Cela dit, il convient d'examiner de près la relation qui existe, logiquement parlant, entre le concept de propriété individuelle et celui de propriété collective.

Cet examen nous fournira l'occasion de présenter l'objection à laquelle se heurte le concept de propriété collective.

La notion de propriété individuelle se trouve-t-elle, vis-à-vis de la notion de propriété collective, dans le rapport de genre à espèce, ou bien sont-elles deux espèces occupant le même degré sur l'échelle de l'abstraction, subordonnées au même titre à une notion générique supérieure qui serait la propriété, pour ainsi dire, tout court? Evidemment, c'est ce dernier point de vue qui est exact, car, autrement, il faudrait retrouver dans la propriété collective tous les caractères essentiels de la propriété individuelle, et cela n'est point. Donc, dans la conception des auteurs que nous étudions dans ce paragraphe, les deux propriétés sont deux espèces coordonnées, dominées logiquement par la notion plus générale de propriété tout court. C'est ce qui résulte, d'ailleurs, d'une phrase de M. Planiol : « Il est nécessaire que les *deux espèces de propriété* soient reconnues et conservées... (1). »

Cette manière de voir aboutit à introduire dans l'esprit l'idée générique de propriété avec un sens qu'on n'attachait pas auparavant à ce vocable. En effet, le genre doit contenir ce qui est commun à

1. *Op. cit.*, p. 978, n° 3006.

toutes les espèces. Or, qu'y a-t-il de commun aux deux espèces de propriété, collective et individuelle, et qui constitue l'essence de la notion générique de propriété ? Uniquement ce fait d'être, l'une et l'autre, un rapport de maîtrise de l'homme à la chose. A part ceci, elles diffèrent radicalement au point de vue du contenu du rapport : la propriété individuelle étant, par excellence, un droit plein et exclusif, la propriété collective étant un droit limité, et par définition même — parce que collectif — non exclusif. La notion générique de propriété ne saurait signifier, dans ces conditions, qu'un rapport de maîtrise de l'homme à la chose, sans aucune détermination au sujet de l'étendue de cette maîtrise.

Certes, au point de vue rationnel, il n'existe pas d'obstacle à ce qu'on établisse de la sorte les notions en question. Mais pourrait-on en dire autant au point de vue pratique ? Provoquer un si grand écart entre les notions de propriété et de propriété individuelle, n'est-ce pas occasionner des confusions et des équivoques ?

Tout le monde, par suite d'un usage traditionnel, entend par propriété tout court, ce que — si la terminologie adopte l'expression de propriété collective — il faudra désigner sous la locution de propriété individuelle. Et si, l'usage ayant le dessus, on évoque toujours le concept de propriété individuelle, toutes les fois qu'il sera parlé de la propriété

tout court, n'y a-t-il pas là une source d'équivoques ?

Nous voyons la preuve de la réalité de ces inconvénients dans l'objection que dirige M. Capitant contre la thèse de la propriété collective : «... Il y a, dit-il, quelque chose de contradictoire dans cette expression. La propriété dite collective ne présente aucun des caractères du droit de propriété. » Evidemment, M. Capitant se réfère à la propriété individuelle et non à la notion générale, plus abstraite, de propriété, telle qu'elle est impliquée par la thèse de la propriété collective. Son objection ne porte pas, car dans un système de notions on ne saurait exiger que l'essence d'une espèce se retrouve dans une autre espèce coordonnée à la première ; mais cette objection prouve que l'équivoque et la confusion sont à craindre. Et il y a plus. Avec le sens générique mentionné, l'idée de propriété s'appliquerait à tous les droits sur la chose existants. Droit sur la chose — forme d'appropriation — propriété deviendraient des termes synonymes. Dès lors est-il vraiment avantageux de s'en tenir à une terminologie qui enlève à une expression — celle de propriété — son sens précis, entré dans l'usage, pour lui prêter une signification plus vague, que le Droit peut déjà rendre par d'autres mots ?

La nécessité de la précision que doivent présenter les concepts juridiques, partant aussi les mots qui les

évoquent, ne conseille-t-elle pas plutôt de garder au vocable propriété son sens précis et compréhensif ?

Ces considérations nous orientent vers la conclusion que le droit de l'associé doit être envisagé comme une espèce non pas de propriété, mais de droit sur la chose. Telle est l'idée générique, qu'il convient, à notre sens, d'élargir, en ajoutant un nouveau domaine à son champ d'application, où soit logé le droit de l'associé, et telle est la solution à laquelle, ainsi que nous aurons l'occasion de le montrer dans le paragraphe suivant, s'est arrêté Ihering.

§ 3. — *Système des droits communs*

C'est le système de Ihering. Nous savons déjà que ce grand jurisconsulte enseigne que l'homme seul est capable d'avoir la qualité de sujet de droit. Nous savons encore que, pour lui, les véritables sujets des droits portant sur les choses attribuées aux personnes morales sont en réalité les hommes : les associés, dans les corporations, les bénéficiaires, dans les fondations. Nous présenterons maintenant l'opinion que se fait le grand maître au sujet de la nature de ces droits. Or, cette opinion consiste à envisager le droit de l'associé comme une forme d'appropriations *sui generis*, représentant un type de droit à l'individualité propre, irréductible aux notions des droits reconnus par la doctrine.

« Si la nature même du rapport, dit Ihering, qui lie entre eux les membres d'une corporation leur interdit de disposer individuellement du fonds commun, si les délibérations de la majorité, prises conformément aux statuts, engagent la volonté de tous *les droits individuels des associés s'écartent bien, MÊME AU FOND, du type des droits ordinaires.* (1) »

Dans divers passages de son ouvrage sur l'*Esprit du droit romain* et de son *Évolution du droit* (Zweck im Recht) Ihering souligne l'opposition existant entre le droit de l'associé, d'un côté, et les droits auxquels on a voulu ramener le premier : la copropriété et la propriété, de l'autre côté. A proprement parler, Ihering raisonne au sujet des droits portant sur les choses publiques, et sur le terrain du droit romain. Mais, comme on l'a déjà remarqué à l'égard de ses études de droit romain, « son génie juridique sort à grands coups d'aile, de cette enceinte trop étroite pour ses puissants désirs, et il proclame, comme en se jouant, quelques-unes des vérités encyclopédiques les plus magnifiques et les plus profondes » (2). Aussi, ses considérations présentées relativement aux droits portant sur les *res publicæ*, sont vraies pour les droits des associés existant dans toutes les espèces d'associations — et pour celles d'aujourd'hui

(1) *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenære, t. IV, p. 334.

(2) Ed. Picard. *Le Droit pur*, p. 502.

comme pour celles de l'époque romaine. Nous verrons d'ailleurs qu'il étend lui-même, de manière générale, la conclusion à laquelle il arrive sur la nature du droit relatif aux *res publicæ* aux droits existant dans tous les cas où la théorie classique voit des personnes morales. Faisons voir les articulations de son raisonnement.

Et d'abord, sans s'attarder beaucoup sur ce point qui lui semble de toute évidence, Ihering nie la possibilité de ramener le droit sur les choses publiques (qu'il appelle droit d'usage général ou commun) à la copropriété (1), mais il insiste davantage sur l'impossibilité d'assimiler ce droit à la propriété. « Le droit d'usage commun, dit Ihering, (*l'usus publicus*) sur les choses publiques offre avec la propriété illimitée réunissant en elle toutes les formes de jouissance le contraste le plus achevé. *L'usus publicus* est limité à un *uti* réel, attaché à la personne. (2) » Il revient sur l'idée de ce contraste dans son *Zweck im Recht* : « Pour les *res publicæ*, dit-il, le sujet-but primaire n'est évidemment pas l'État, la ville, la commune, en tant que personnes juridiques, mais la collectivité indéterminée des individus qui en ont l'usage, c'est-à-dire la masse, le peuple. C'est un sujet-but auquel la notion de la propriété, comme la concei-

(1) *Esprit du dr. romain*, t. IV, p. 384, note 534 *in fine*.

(2) *Ibid.*, p. 336.

vent les juristes romains : le droit exclusif d'une personne déterminée (physique ou juridique), ne peut en rien s'appliquer » (1). Étant donné son contenu, le droit portant sur les choses publiques apparaît à Ihering comme une forme d'appropriation à physiologie propre. « Ce droit, dit Ihering, c'est un rapport juridique sur la chose, se présentant avec une configuration particulière. (2) » Ce droit commande, par conséquent, un concept nouveau, dont l'absence constitue une lacune dans la doctrine ; il appelle une dénomination spéciale, à ajouter à la terminologie juridique. « Si la théorie romaine, dit Ihering (3), n'a point inscrit ce droit parmi les autres le fait n'a rien qui doive nous étonner. Nous avons là une lacune à combler qui ne doit nous inspirer aucune hésitation. Nous inscrivons donc le droit d'usage général parmi les droits sur les choses. » Ailleurs, dans son *Zweck im Recht*, Ihering forge une dénomination particulière pour désigner ce droit : « Nous l'appellerons, dit-il, *le droit collectif*. (4) »

Quelle est la place de ce droit dans le système des concepts juridiques ? A quelle notion générique se subordonne-t-il ? Evidemment, du moment que le

(1) *Evolution du droit* (*Zweck in Recht*), trad. Meulenære, p. 308, n° 195.

(2) *Ibid.*

(3) *Esprit du dr. romain*, t. IV, p. 349.

(4) *Op. cit.*, p. 308, n° 195.

concept de ce droit se présente comme un concept nouveau, irréductible aux notions des différents droits particuliers, c'est à la notion large de droit sur la chose qu'il faut recourir pour trouver à le caser. « A cet effet, dit Ihering, il fallait élargir la notion de droit sur la chose, ou plutôt la notion de droit en général. (1) » Est-ce à dire qu'il doive placer le concept de droit collectif à côté des concepts des autres droits spécifiques et sous la domination immédiate de la notion générale de droit ? La vision des cadres logiques comporte chez Théring plus de complication. Dans la hiérarchie des concepts descendant de la notion générale de droit aux notions plus concrètes des droits spécifiques, Ihering distingue un échelon intermédiaire où il place les idées de deux classes de droits : « La notion de droit, dit-il, se divise en deux branches : le droit individuel et le droit commun (2). Et voilà leurs traits distinctifs : « L'esprit d'exclusion est le caractère du premier ; c'est le droit exclusif. Ce droit cependant peut se diviser, mais chacune de ses parties reste un droit exclusif... ». « Les droits de la seconde classe ont pour caractère commun la communauté indivise et indivisible de la jouissance. »

(1) *Esprit du dr. romain*, t. IV, p. 349.

(2) *Ibid.*

C'est dans cette rubrique, qu'il crée, du droit commun que Ihering place le droit portant sur les *res publicæ*, ou, en d'autres termes, le droit d'usage général, qu'il appelle aussi le droit collectif. Mais non seulement ce droit. C'est ici que Ihering élargit son point de vue, de manière à étendre son concept relatif au droit d'usage général à tous les droits des associés — du moins en tant qu'ils portent sur des choses livrées à l'usage commun, existant dans tous les groupes personnifiés. N'ont-ils pas, en effet, tous ces droits, les mêmes caractéristiques que celui portant sur les choses publiques ? Ne sont-ils pas tous, au même titre que ce dernier, des droits limités par l'effet de la pluralité d'ayants droit, et de l'affectation à un but ? Aussi, dit Ihering « nous rangeons parmi eux (parmi les droits communs), outre le droit d'usage commun, les droits qui appartiennent aux membres d'une association ayant la personnalité civile, ou aux destinataires des fondations pieuses, comme tels (1) ».

Telle est la conception de Ihering ; c'est celle qui nous semble serrer de plus près la réalité des choses et donner satisfaction dans une large mesure aux exigences rationnelles. La raison proclame que, puisque les droits des associés se présentent avec un contenu qui ne ressemble à celui d'aucun autre droit,

(1) *Ibid.*, t. IV, p. 350.

et puisque c'est le contenu du droit qui détermine sa nature, il convient de reconnaître franchement le caractère *sui generis* du droit de l'associé, et il faut poser ce droit dans la théorie comme un droit à individualité propre, qui, afin d'apparaître avec tout le relief convenable, doit être exprimé par un terme technique spécial.

Disons cependant que le système de Ihering ne nous semble pas en tous points satisfaisant. En effet, il n'applique son point de vue aboutissant à l'affirmation d'un droit *sui generis* qu'aux droits portant sur les choses livrées à l'usage commun. Est-ce à dire que les droits portant sur les choses sociales utilisées sous la forme du *fructus*, de l'*abusus* ou moyennant des actes juridiques ne constituent pas, eux aussi, des droits *sui generis*? Ihering ne s'explique pas clairement à ce sujet. Il dit bien, de façon générale, dans un passage déjà cité, que « les droits individuels des associés s'écartent, même au fond, du type des droits ordinaires ». Cependant il ne s'attache nulle part à préciser, sinon pour les droits sur les choses livrées à l'usage commun, la notion du type qu'ils représentent. Et même, à s'en tenir à certaines de ses formules, il paraît qu'Ihering conçoit les droits des associés ayant un contenu autre que l'*usus* comme des droits de copropriété (1). Ce qui est cer-

(1) V. *Evolution du droit*, p. 202.

tain, c'est que Ihering distingue entre les jouissances consistant dans l'*usus* et celles consistant dans les autres formes de jouissance, et envisage chacun de ces deux groupes comme formant des droits de nature différente.

Il y a là, croyons-nous, une distinction illégitime. Mais avant de préciser notre critique, montrons de façon nette l'opposition que conçoit Ihering entre les droits en question.

Seuls les droits consistant dans l'*usus* rentrent selon Ihering dans le groupe des droits communs. Le caractère de ceux-ci, dit-il, est « la communauté indivise et indivisible de la jouissance » (1). Or « le *frui* est divisible, l'*ùti* est indivisible. Dans le *frui* le concours de plusieurs apparaît sous la forme de quote-parts déterminées... L'*ùti* au contraire est exercé en entier par chacun des intéressés » (2). Il résulterait de là que, — dans les associations possédant des choses destinées à être utilisées moyennant l'*usus*, et des choses encore devant servir sous les autres formes de jouissance, — il ne faudrait pas voir au profit de l'associé un droit unique portant sur l'ensemble du fonds social, mais plusieurs droits différenciant par leur nature, suivant le mode d'utilisation des choses sur lesquelles ils portent.

(1) *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 349.

(2) *Evolution du droit*, p. 202.

Ce dédoublement du droit de l'associé nous semble illégitime. L'ensemble des formes de jouissance tirées par chaque associé de tout le fonds social doivent être censées, selon nous, constituer les éléments d'un droit unique, qui présente sur toute son étendue une nature uniforme. Il n'y a pas lieu de voir dans l'indivisibilité de l'*uti* une note caractéristique, apte à établir des droits de nature spécifique. Et d'abord, nous contestons cette indivisibilité. Si l'usage d'une chose, d'un livre par exemple, appartient à plusieurs, chacun ne pourra l'utiliser qu'à tour de rôle, chacun n'aura reçu qu'une partie de la jouissance totale que la chose a produite. Ici encore il y a, par conséquent, divisibilité de la jouissance, se traduisant par une limitation de durée. Certes, la jouissance a été tirée de l'objet entier, aussi nous ne dirons pas que c'est l'objet qui a été divisé, mais la jouissance, et c'est la jouissance qu'Ihering conçoit, à tort selon nous, comme indivisible.

La vraie caractéristique qui, à notre avis, autorise à voir dans l'*usus* de l'associé une forme d'appropriation spécifique, c'est la limitation de cette jouissance par l'effet de la double influence résultant de l'affectation au but et de la pluralité d'ayants-droit. Mais cette caractéristique se rencontre non seulement dans l'*usus*, elle se retrouve aussi dans toutes les formes de jouissance que procure l'ensemble des

choses sociales. Le *fructus*, l'*abusus* et la jouissance juridique sont vinculés, eux aussi, par ces deux influences. C'est cette limitation, ainsi entendue, qui imprime une physionomie *sui generis* à toutes les formes de jouissance compétant à l'associé, c'est à elle que tient la nature spécifique de toutes ces formes, dans l'association — et, puisqu'elle se retrouve dans toutes les espèces de jouissance sociale, elle autorise, à notre sens, la conception se représentant toutes ces espèces comme éléments constitutifs d'un droit unique, de nature *sui generis*.

Il n'y a pas lieu en effet de distinguer en plusieurs droits de nature différente la jouissance totale que procure un objet juridique, chose déterminée ou universalité de fait, — en prenant pour base l'espèce de la jouissance. C'est l'étendue du droit et non l'espèce de jouissance le constituant qui détermine la nature des droits. Aussi, tout le monde admet bien que, dès que l'ayant droit peut jouir d'une chose quelconque dans la plus large mesure permise à l'égard de cette chose, le droit en question est un droit de propriété, soit qu'il porte sur une chose procurant seulement l'*usus*, ou sur une autre offrant uniquement l'*abusus*, ou enfin sur des choses rendant possibles toutes les formes de jouissance réelle.

Au sujet des choses sociales aussi, il faut admettre que toutes les formes de jouissance qu'elles procurent entrent comme éléments constitutifs dans un

droit unique par rapport à chaque associé, et puisque toutes ces formes de jouissance, donc aussi le droit intégral qu'elles constituent, se présentent avec une étendue *sui generis*, qui ne ressemble à celle d'aucun droit de la doctrine courante, — étendue caractérisée par la limitation dont il a été question, — il faut admettre que le droit de l'associé a une nature propre, une physionomie à lui, et l'inscrire comme tel dans la doctrine.

Telle est notre conclusion finale au sujet de la nature du droit de l'associé. Nous pourrions, pour marquer l'individualité du droit de l'associé, le désigner sous le nom de droit collectif, emprunté à Ihering. Mais l'épithète de collectif pourrait peut-être prêter à l'équivoque : elle pourrait donner à penser qu'il s'agit d'un droit unique, compétant à une pluralité de sujets, tandis que, selon nous, la vraie conception consiste à voir dans l'association autant de droits que d'associés. Aussi nous préférons l'expression de *droit social*, qui n'est, d'ailleurs, que la légère modification verbale de l'expression de *droit de l'associé*.

Il nous reste à dire quelques mots sur la distinction que fait Ihering du droit individuel et du droit commun. C'est une distinction qui nous semble rendre de vrais services à la précision des idées. Cependant, nous l'avons déjà dit, nous croyons qu'il faut

assigner au droit commun une caractéristique autre que celle proposée par Ihering.

Cette caractéristique ce n'est pas « la communauté indivise et indivisible de la jouissance », c'est simplement la communauté de la jouissance. Nous voulons dire qu'il nous semble légitime de distinguer une classe de droits caractérisés par le fait qu'ils ne se conçoivent que vivant en faisceau, en groupe, en « communauté ». Ce sont les droits communs. Nous y rangeons les *droits sociaux*. Mais la caractéristique des droits communs, ainsi entendue, se retrouve encore dans les droits de copropriété.

Ainsi, le droit commun nous apparaît comme une notion générique comportant deux espèces : *le droit social et la copropriété*. L'élément commun à ces deux droits et qui forme l'essence de la notion de droit commun, c'est cette particularité qu'ils ne se conçoivent qu'encadrés dans un système de droits identiques, compétant à une pluralité de sujets et portant sur le même objet, — chose déterminée ou universalité de fait. Et voilà les notes spécifiques de ces deux droits, s'ajoutant à la note générique indiquée :

1^o Pour le droit social c'est la limitation résultant de l'affectation au but, ce qui implique surtout l'exclusion de la faculté d'aliéner et d'engager, en vue d'un intérêt extra-social, et l'assujettissement du droit à l'impulsion collective.

2^o Et pour la copropriété, c'est le maximum d'au-

tonomie des droits individuels compatible avec l'existence d'une pluralité de sujets.

A la notion de droit commun, Ihering oppose celle de droit individuel, caractérisée par « l'esprit d'exclusion ». Nous nous approprions cette dernière notion, avec le sens qu'il lui attribue et qui s'oppose aussi à celui que nous avons prêté à la notion de droit commun. Pour éviter la confusion, peut-être serait-il préférable de dire, ici, droit individualiste au lieu de droit individuel. Tous les droits, en effet, y compris les droits communs, sont individuels dans le sens qu'à tout droit correspond comme sujet un seul individu.

CHAPITRE III

Le droit social et la loi positive

Dans les chapitres qui précèdent nous avons étudié le droit social dans trois de ses éléments composants : le sujet, l'objet et le rapport de jouissance, dont nous avons examiné successivement le contenu et la nature. Tout droit, cependant, comporte encore un quatrième élément : la protection sociale. Pour compléter notre étude il nous faut donc examiner aussi cet élément, au point de vue du droit social. Ce sera l'objet du chapitre présent.

C'est grâce à la protection sociale que la réalisation d'un droit est assurée. Elle intervient sous la forme d'actes émanant des pouvoirs judiciaires et exécutifs. Or, ces organes de l'autorité sociale ne protègent que les manières d'agir — ou, plus précisément, de jouir — qui s'exercent conformément aux règles de la loi. Toute jouissance pour prétendre à l'existence à titre de droit doit pouvoir s'appuyer sur la loi. C'est dire que dans ce chapitre nous aurons à montrer de quelles règles légales peut se

prévaloir le droit social pour établir ses titres à la protection sociale.

Le droit social, avons-nous dit, porte sur la masse des choses affectées au but social. L'affectation vaut assujettissement au droit social, car alors seulement on est fondé à parler d'affectation que les choses sont appropriées sous une forme qui assure leur utilisation conformément à la destination qu'on leur a donnée, et seule la forme d'appropriation que nous avons étudiée et que nous désignons sous le nom de droit social, est apte à produire ce résultat.

Cela étant, il convient de diviser ce chapitre en deux sections, consacrées :

La première à l'étude du fondement juridique de la possibilité pour les associés de constituer un fonds d'affectation, et

La seconde, à l'étude des principes de droit qui autorisent les associés à organiser relativement à ce fonds la forme d'appropriation que nous appelons droit social.

SECTION I

Les fonds d'affectation peuvent s'alimenter de choses provenant de trois sources : ou bien des choses possédées privativement par les associés, qui les versent, à titre d'apport, au fonds social, en exécution d'une obligation prise par chacun envers ses

coassociés, ou imposée par la loi (1), ou bien de donations faites aux associés avec charge de les appliquer à la poursuite du but, ou bien d'acquisitions à titre onéreux, pour le compte de l'association.

A l'origine du fonds d'affectation nous trouvons donc des conventions intervenues soit uniquement entre les associés, soit entre les associés et les tiers (2). La possibilité de constituer un fonds d'affectation dépend donc de la validité de ces conventions.

Or, la validité des conventions réglant la formation de la masse d'affectation suppose, en premier lieu, la validité du contrat d'association. A vrai dire, celui-ci englobe à titre d'éléments intégrants les clauses qui obligent les associés à effectuer des apports consistant en choses matérielles. L'association est une coopération en vue d'un but commun, par des moyens communs, et la masse des choses sociales représente précisément ces moyens communs, c'est-à-dire un élément essentiel de toute association. Cependant, la loi du 1^{er} juillet 1901 distingue entre les clauses relatives aux biens, et les clauses

(1) Dans ce dernier cas se trouvent les associations du droit public où les apports prennent le nom spécial d'impôts.

(2) Nous faisons abstraction du mode d'alimentation de certains fonds d'affectation par voie d'impôts. En effet, dans cette recherche du fondement légal de la possibilité, pour les associés, de constituer des fonds d'affectation, il n'y a pas lieu de s'arrêter aux versements faits en vertu d'une obligation légale.

relatives aux apports en connaissances ou en activité ; seules ces dernières entreraient à titre d'éléments constitutifs dans le contrat d'association, — que certains auteurs désignent sous le nom d'association de personnes, — tandis que les premières constitueraient un contrat juxtaposé à l'autre : le contrat d'association de capitaux. Le législateur soumet ces deux contrats à des règles différentes, en ce qui concerne la liberté de les conclure, aussi, malgré le caractère artificiel et arbitraire de cette distinction (1), comme nous aurons à exposer les solutions de la loi, nous nous plaçons à son point de vue, et même, pour garder à nos considérations leur caractère général, en tant que s'appliquant à toutes les catégories d'associations, nous étendrons ce point de vue aux associations à but lucratif (sociétés civiles et commerciales).

Dans ce qui suit, par contrat d'association, nous entendrons le contrat par lequel les associés décident de poursuivre un but commun, lucratif ou autre, et règlent, s'il y a lieu, les apports en industrie. Cela étant, la question qui se pose est la suivante : Le contrat d'association est-il valable ? Un des principes qui dominent toutes les législations modernes est le principe de l'autonomie de la volonté, que le Code civil

(1) Cf. De Vareilles-Sommières. *Les Personnes morales*, p. 374, n° 800.

proclame aussi, à maintes reprises et sous différentes formes (1). Par application de ce principe les sociétés civiles et commerciales bénéficient du droit de se former librement, moyennant, pour les dernières, l'accomplissement de certaines formalités de publicité. Cependant, avant 1901, ce principe, en ce qui concerne les associations à but non lucratif, était tenu en échec par la disposition de l'article 291 du Code pénal qui assujettissait la formation de ces associations à la nécessité de l'autorisation gouvernementale (2). Toutefois, le législateur, par quelques lois spéciales, écarta la disposition de l'article 291 du Code pénal au profit de certaines associations dont il désirait l'expansion, en leur concédant la liberté de

(1) Art. 6 ; 537, al. 1 ; 1134 ; 1156 ; 1387 du Code civil. « Le principe de la liberté de la volonté doit dominer toute la matière du droit privé. Tout ce que veulent les individus doit être permis, sauf si l'ordre public ou les bonnes mœurs s'y opposent. Jamais il ne faut repousser une opération juridique, uniquement parce qu'elle est contraire aux principes juridiques ». Ihering. *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, IV, *Mélanges*. — Cf. Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e édition, p. 36.

(2) Art. 291-1^o du Code pénal : « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. »

se fonder. Telles furent les lois du 21 juin 1865 et du 22 décembre 1888 qui autorisèrent la constitution d'associations syndicales libres entre propriétaires en vue de l'accomplissement de travaux profitables à tous (irrigations, dessèchement de marais, drainages, etc.) ; la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels ; la loi du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels.

La loi du 1^{er} juillet 1901 supprima définitivement les obstacles au droit de s'associer en abrogeant l'article 291 du Code pénal et en proclamant le principe que les associations peuvent se former librement, sans autorisation préalable (art. 2).

Seules les congrégations religieuses n'obtinrent pas le bénéfice de cette liberté, leur formation restant soumise, comme par le passé, à une autorisation donnée par une loi (art. 13).

En résumé, abstraction faite des congrégations, le régime institué par la législation, en matière d'association, — à but lucratif ou non lucratif, — est un régime de liberté entière.

Rappelons cependant que ceci ne concerne que l'association de personnes.

Pour ce qui est des contrats ayant trait à la constitution d'un fonds d'affectation, la liberté n'est pas égale, dans toutes les espèces d'associations.

Le législateur, s'inspirant de considérations d'ordre économique et politique, y a apporté des restric-

tions. Ainsi, les ouvrages de droit et d'économie politique ne négligent pas de montrer que reconnaître une entière indépendance aux associés, pour la constitution de masses d'affectation, c'est occasionner des dangers à un double point de vue.

Au point de vue économique, dit-on, le danger consiste en ceci que ces masses sont immobilisées, soustraites à la circulation générale, aux dépens de la propriété privée. Or, la propriété privée représente une forme d'appropriation supérieure, économiquement parlant : elle est libre, passe facilement de main en main et, par là, peut aisément atteindre ceux qui sont les plus aptes à la mettre en valeur ; d'autre part elle stimule vivement les énergies productives. Au contraire, les richesses collectives, outre l'état de stagnation où elles se trouvent, et qui leur a valu l'ancien nom de biens de main-morte, sont ordinairement peu fécondes, le rôle de les mettre en valeur revenant à des administrateurs qui, le plus souvent, n'apportent pas dans leur charge le zèle que met un propriétaire dans la gestion de ses biens.

Au point de vue politique le danger, dit-on, consiste en ceci que l'accumulation de richesses collectives, en trop grandes quantités, peut valoir aux groupements que les possèdent une influence redoutable, qui les mette à même de devenir, le cas échéant, les rivaux des pouvoirs publics. Or, l'Etat qui a charge des intérêts généraux, a aussi le droit

et le devoir de surveiller la formation de ces forces collectives, — qui ne servent le plus souvent que des intérêts locaux et partiels, — et d'empêcher qu'elles ne deviennent menaçantes pour l'ensemble de la nation (1).

Les dangers signalés ne sont vraiment appréciables que dans les associations ouvertes, et à durée prolongée ou perpétuelle. Aussi, relativement à ces associations le Code civil a édicté les articles 910 et 937 qui subordonnent à l'autorisation gouvernementale l'enrichissement du fonds d'affectation par voie de dons et de legs. Nous aurons l'occasion, dans la suite de cette exposition, de revenir avec détails sur ces articles. Disons maintenant qu'à part les dispositions restrictives qu'ils contiennent, la législation en comprend d'autres encore, qui conditionnent même l'enrichissement des masses d'affectation par voie d'apport et d'acquisition à titre onéreux, et cela non seulement dans les associations ouvertes et perpétuelles, mais encore dans quelques-unes des autres. Les seules catégories d'associations qui jouissent, en ce qui concerne la formation de la masse d'affecta-

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, 3^e éd., t. I, p. 389, n^o 3031. — Capitant, *op. cit.*, 2^e éd., p. 163, note 1. — Cauwès. *Cours d'Économie politique*, 3^e éd., t. I, n^o 73 ; t. III, n^o 1023. — Hauriou. *Précis de droit administratif*, 5^e éd., p. 91-92. — Sur les exagérations des opinions communes au sujet du danger des biens de mainmorte, v. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 468, n^{os} 1014 et s.

tion, d'une liberté complète, tant au point de vue des voies de formation, qu'au point de vue de l'étendue et de la composition de la masse, sont, à part l'Etat, les sociétés civiles et les sociétés commerciales en nom collectif et en commandite. Toutes les autres espèces d'associations, relevant soit du droit public, soit du droit privé, sont soumises à des dispositions restrictives.

Montrons en quoi elles consistent.

Nous commençons par la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations à but non lucratif.

Cette loi distingue trois catégories d'associations : 1^o les associations non déclarées qui se forment sans aucune formalité ; 2^o les associations déclarées, qui ont été rendues publiques par leurs fondateurs moyennant une déclaration à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association a son siège social ; et 3^o les associations reconnues d'utilité publique par décret du chef de l'Etat, rendu en la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire le Conseil d'Etat entendu.

Les associations de la première catégorie n'ont pas le droit de constituer une masse d'affectation, ni par voie d'apports, ni par donations ou acquisitions à titre onéreux. Les choses appliquées en fait, par les associés, à la poursuite du but social ne peuvent pas être soumises au régime qui exclut les créanciers

personnels de chaque associé du droit de saisir les choses sociales, qui empêche leur aliénation par chaque associé, qui prohibe le partage avant la dissolution de l'association, etc., en un mot, le régime qui caractérise le droit social, le seul apte à maintenir l'affectation du fonds social. Les biens appliqués, en fait, à la poursuite du but social doivent être gardés par les associés sous la forme gênante de l'indivision, où tout associé peut, nonobstant toute clause contraire, demander le partage quand bon lui semble, et où le droit de chaque copropriétaire entre dans le gage de ses créanciers personnels (1).

La solution que nous venons d'exposer repose sur l'article 2 de la loi du 1^{er} juillet 1901, où il est dit que les associations qui ne sont ni déclarées, ni reconnues d'utilité publique « ne jouissent pas de la capacité juridique » ; article dont la sanction se trouve dans l'article 17, où il est dit que la nullité de tous actes entre vifs ou testamentaires à titre onéreux ou gratuit, contraires à l'article 2, peut être prononcée soit à la diligence du ministère public, soit à la requête de toute partie intéressée.

(1) Cf. Planiol, *op. cit.*, p. 995, n° 3042. — Capitant, *op. cit.*, p. 200 et s. — Margat, *Revue trimestrielle de droit*, 1905, p. 235. — De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 382, n° 819 et s. — Dans le sens d'une sorte de propriété en main commune, V. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 6^e édit., p. 264. — Josserand, *Essai sur la propriété collective*, dans le *Livre du Centenaire*.

On voit aisément que malgré la déclaration de la loi que l'association est libre, sans aucune formalité à remplir, cette liberté est illusoire, car elle ne comprend pas la possibilité de constituer un fonds d'affectation, qui seul met l'association en état de fonctionner. On voit encore que la distinction de l'association en association de personnes et en association de capitaux est artificielle, le premier de ces deux éléments ne pouvant exister sans l'autre.

Les associations déclarées peuvent se constituer un fonds social, mais elles ne sont pas libres de conditionner à leur guise son contenu. La loi limite d'avance l'étendue de leur fortune.

Pour les valeurs mobilières il n'y a aucune restriction, en tant qu'elles proviennent des cotisations des membres. Aucun maximum n'est imposé, en effet, à ces cotisations. De même, les associations déclarées peuvent acquérir, sans limitation, des meubles corporels ou incorporels (1). Mais le fonds social ne saurait contenir, en fait d'immeubles, que ceux qui sont « strictement nécessaires à l'accomplissement du but » que l'association se propose (art. 6). D'autre part, les associés ne peuvent recevoir des dons ou des legs, à charge de les appliquer au but, quelle qu'en soit la composition, mobilière ou immobilière.

(1) Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 191.

Les associations reconnues d'utilité publique peuvent se constituer un fonds d'affectation ayant à peu près la même étendue et composition que ceux des associations déclarées. Il existe cependant une différence en faveur des associations reconnues : elles peuvent acquérir même à titre gratuit, à la condition toutefois que chaque don ou legs soit autorisé par le gouvernement, conformément à l'article 910 du Code civil. Cependant, elles ne peuvent conserver en nature les immeubles qui leur sont donnés ou légués à moins qu'ils ne soient nécessaires à leur fonctionnement. Si cette condition manque, elles doivent les aliéner et les transformer en valeurs mobilières.

Toutes les valeurs mobilières, possédées par l'association, doivent être placées en titres nominatifs.

Les règles qui gouvernent les associations reconnues d'utilité publique s'appliquent, croyons-nous, aux fondations directes aussi. En effet, ces fondations s'analysent en dons avec charge, faits au public. Par là, les destinataires sont associés en une vaste association. Pratiquement, il existe des difficultés énormes, insurmontables même, à ce que la foule des destinataires se prononce sur l'acceptation et s'occupe d'en organiser l'administration. Cependant la fondation ne peut offrir que des avantages pour les bénéficiaires, si elle vise vraiment l'intérêt public. On peut donc tenir pour certain

qu'ils acceptent. « C'est ici, dit M. de Vareilles-Sommières, que la loi positive doit intervenir. Pour cette foule qui est parfaitement capable d'avoir la jouissance des droits, mais qui ne l'est guère de les exercer, la loi doit faire ce qu'elle fait pour les mineurs et les interdits : elle doit charger quelqu'un d'exercer les droits de ces innombrables destinataires, d'accepter pour eux la fondation et d'organiser son fonctionnement.

« Elle peut mieux faire encore : c'est d'exercer elle-même pour eux ce droit d'acceptation et ce droit d'organisation en fixant une fois pour toutes les conditions de but, d'importance, de dotation, moyennant lesquelles la fondation sera acceptable et réputée acceptée, en posant des règles générales sur l'administration des fondations (1) ».

Le droit positif français donne-t-il satisfaction à ces exigences de la raison ? Avec M. de Vareilles-Sommières nous répondrons par l'affirmative, dans un sens que nous allons préciser.

La fondation directe s'effectue en France avec l'autorisation du pouvoir exécutif, donnée par décret du chef de l'Etat, rendu en la forme des règlements d'administration publique, par lequel il reconnaît la fondation d'utilité publique. Ce décret, d'après M. de Vareilles-Sommières, aux vues duquel, en matière

(1) *Op. cit.*, p. 616, n° 1442 et s.

de fondation directe, nous adhérons pleinement, autorise l'association des bénéficiaires à accepter la libéralité qui lui est adressée et, en même temps, accepte lui-même la libéralité pour les innombrables bénéficiaires qui ne peuvent manifester leur volonté, ou si l'on veut, présume leur acceptation tacite qui est certaine.

Malgré la nouveauté de ce point de vue nous ne pensons pas qu'on doive hésiter à l'adopter. En dehors de l'avantage qu'il présente de mettre en harmonie la conception de fondation directe avec ce principe fondamental que l'homme seul peut être sujet de droit, il a encore le mérite de satisfaire les exigences de la vie mieux que ne le fait la théorie classique, qui prétend attribuer au décret de reconnaissance la vertu de créer dans la fondation un sujet de droit imaginaire et, de là, est conduite à nier la possibilité de créer la fondation directe par voie de legs. Avec le point de vue que nous adoptons, il ne saurait plus être question de la caducité du legs pour défaut de destinataire. Toute la question, dit très bien M. de Vareilles-Sommières, est de savoir si le legs sera accepté. « C'est elle que tranchera l'octroi ou le refus de la reconnaissance d'utilité publique. »

Dans ce système, la fondation directe se ramène, en somme, à une association reconnue d'utilité publique.

Nous déduisons de là que le fonds d'affectation ne saurait avoir que la composition qui est permise pour ce genre d'associations. C'est dire qu'au cas où la libéralité contiendra des immeubles de rapport, ils devront être aliénés et transformés en valeurs mobilières, qui devront être placées en titres nominatifs.

Examinons maintenant quelles restrictions s'appliquent à la composition du fonds d'affectation dans les associations gouvernées par des lois spéciales.

La loi du 21 mars 1884, régissant les syndicats professionnels, n'établit qu'une seule limitation à la capacité des syndicats régulièrement constitués : ils ne peuvent acquérir que les immeubles qui sont nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et à des cours d'instruction professionnelle (art. 6).

Les sociétés de secours mutuels se divisent en trois catégories : les sociétés libres, les sociétés approuvées et les sociétés reconnues d'utilité publique. Les premières ne peuvent faire entrer dans le fonds d'affectation que les immeubles exclusivement affectés à leur service.

Elles ne peuvent recevoir des dons et legs immobiliers qu'à la charge de les aliéner et d'observer l'autorisation gouvernementale, qui est exigée aussi pour les dons et legs mobiliers (art. 15 de la loi du 1^{er} avril 1898).

Les sociétés de secours mutuels approuvées pour-

ront, sous réserve de l'autorisation du Conseil d'Etat, recevoir des dons et legs. Les immeubles compris dans un acte de donation ou dans une disposition testamentaire, que les sociétés n'auront pas été autorisées à conserver, seront aliénés. Ces sociétés peuvent encore être autorisées par décret rendu au Conseil d'Etat à acquérir les immeubles nécessaires soit à leurs services d'administration, soit à leur service d'hospitalisation (art. 17).

Les sociétés de secours mutuels reconnues jouissent des avantages accordés aux sociétés approuvées. Elles peuvent, en outre, posséder et acquérir, vendre et échanger des immeubles dans les conditions déterminées par le décret déclarant l'utilité publique (art. 33).

Les associations syndicales (loi du 21 juin 1865) sont libres et autorisées. La loi ne les soumet pas à des dispositions restrictives quant à la composition du fonds d'affectation. L'article 3 porte qu'elles peuvent acquérir, vendre, emprunter, etc.

*
* *

Telles sont les restrictions apportées au droit de constituer un fonds d'affectation par des lois autres que le Code civil. Celui-ci aussi en contient, avon-nous dit, dans les articles 910 et 937.

L'article 910 pose que « les dispositions entre vifs

ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale (un décret du président de la République).

L'article 937 déclare : « Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés ».

La portée de ces articles n'est pas comprise par tous les juristes de façon uniforme ; les différences tiennent à la signification, diverse suivant les auteurs, qu'on attribue à la locution établissement d'utilité publique. La plupart des auteurs définissent ces établissements des œuvres (fondations) ou des associations privées, reconnues d'utilité publique par décret du chef de l'Etat ou par loi individuelle. Cette formule exclut les associations déclarées licites par des lois plus ou moins générales, telles que les syndicats professionnels, les sociétés de secours mutuels, etc., de même que les sociétés civiles et commerciales de tous genres.

D'autres auteurs entendent par établissements d'utilité publique tous les groupements que la théorie classique investit de la personnalité morale (1).

(1) V. cités par M. Sauzet (*Nature de la personnalité civile des syndicats professionnels*, dans la *Revue critique*, 1888,

Avec cette définition on aboutit à soumettre à l'application des articles 910 et 937 même les sociétés commerciales, et, depuis 1891, les sociétés civiles.

Dans un troisième système, présenté par M. Sauzet, l'établissement d'utilité publique est celui dont les membres ne recherchent aucun profit pécuniaire. Cette définition, tout en excluant les sociétés commerciales et civiles, conduit l'auteur à admettre parmi les établissements d'utilité publique, outre les associations reconnues d'utilité publique, celles qui se forment en vertu de lois spéciales, comme les syndicats professionnels, les sociétés de secours mutuels, etc. (1).

Enfin, M. de Vareilles-Sommières donne de la locution établissement d'utilité publique une interprétation radicalement différente des précédentes. « L'établissement d'utilité publique dans le Code civil, dit l'auteur, c'est toute association ouverte, toute association qui admet l'adjonction de nouveaux membres, et la faculté pour les associés de se retirer, toute association qui peut donc comprendre beaucoup de membres et se prolonger indéfiniment. (2) »

p. 341) plusieurs auteurs (MM. Boullay, Gain, Veyan), qui disent que l'article 910 s'applique à toutes les personnes morales et comprend donc sous le nom d'établissements d'utilité publique toutes les associations personnifiées.

(1) Article cité dans la note précédente.

(2) *Les personnes morales*, p. 652.

Ceci amène l'auteur à ranger dans les établissements d'utilité publique, non seulement les associations déclarées telles par décision spéciale du pouvoir exécutif mais toutes les associations ouvertes et perpétuelles « implicitement déclarées d'utilité publique par des lois communes ou par des lois spéciales » : les sociétés anonymes, les syndicats professionnels, les fondations directes, les associations de secours mutuels, et même les associations du droit public (1).

(1) *Op. cit.*, p. 656. « Leur origine (celle de ces dernières associations), dit l'auteur, leur vaut bien un nom particulier, celui d'établissement public... Mais par leur ampleur, leur perpétuité et les services rendus, elles méritent, certes, la dénomination honorable et plus large d'établissements d'utilité publique. » Ainsi cette dernière locution désignerait le genre dont l'établissement public serait une espèce.

Il suit de ce qui précède que, pour M. de Vareilles-Sommières, l'article 910 ne laisse en dehors de son champ d'application que les associations fermées et temporaires. « Nous ne rangeons dans les établissements d'utilité publique ni les sociétés en nom collectif, ni les sociétés civiles... ni même les sociétés en commandite... »

Tel est, selon l'auteur, le sens de la locution d'établissement d'utilité publique *dans le Code civil*. Ces mots cependant ne gardent pas la même portée dans la loi du 1^{er} juillet 1901. Dans cette loi, dit M. de Vareilles-Sommières, l'établissement d'utilité publique « c'est l'association de n'importe quelle structure, de n'importe quelle envergure, de n'importe quelle durée qu'il a plu au chef du pouvoir exécutif d'élever à ce grade. »

Et en guise de conclusion finale M. de Vareilles-Sommières dit : « Il y a donc aujourd'hui deux catégories bien distinctes d'établissement d'utilité publique : dans les sociétés,

La traduction donnée par M. de Vareilles-Sommières de l'expression établissement d'utilité publique dans le Code civil s'appuie sur des arguments qui, à notre avis, démontrent péremptoirement son exactitude. En premier lieu, l'auteur invoque la tradition historique, qu'il nous montre comme étant conforme à cette traduction (1). En second lieu, il souligne l'adaptation parfaite de l'expression dont il s'agit, aux associations ouvertes et perpétuelles, qui sont précisément celles des associations qui, d'une part, « donnent son compte à l'idée de permanence qu'implique le mot d'établissement », et d'autre part, servent les intérêts de la société, grâce à l'ampleur et à la durée de leur action, de façon autrement appréciable que les associations fermées et temporaires. En troisième lieu, M. de Vareilles-Sommières fait valoir cet argument, décisif, à notre avis, que la disposition de l'article 910 convient à toutes les associations ouvertes et perpétuelles, et à elles seules. En effet, cet article est visiblement inspiré par la

dans les associations légales, et dans les associations soumises à des lois spéciales, l'établissement d'utilité publique est la société ou association ouverte et susceptible de se prolonger indéfiniment ; dans les associations contractuelles, l'établissement d'utilité publique est l'association quelconque déclarée telle par décret ou (congrégations religieuses) par une loi *ad hoc* ».

(1) *Op. cit.*, p. 653, n° 1519.

crainte de l'accroissement excessif de la mainmorte. Or ce danger se fait sentir dans toutes les associations ouvertes, qui sont aussi organisées pour durer indéfiniment, donc, il rend nécessaire dans toutes ces associations l'assujettissement des dons et legs à l'autorisation gouvernementale. « Logiquement, il (l'art. 910) doit prendre cette précaution à l'égard de tous les établissements dont les biens sont des biens de main-morte, c'est-à-dire à l'égard de toutes les associations perpétuelles... Donc il est clair qu'il les embrasse toutes sous la dénomination d'établissements d'utilité publique (1) ».

*
* *

Telles sont les limites entre lesquelles la loi renferme la validité des conventions tendant à la formation de fonds d'affectation ; leur étude a fait l'objet de la première section du présent chapitre. Passons maintenant à l'étude de la question que nous avons indiquée comme objet de la seconde section, savoir : à l'étude des principes de droit qui autorisent les associés à organiser relativement à ces fonds la forme d'appropriation que nous appelons droit social.

(1) *Ibid.*, p. 655, n° 1521.

SECTION II

Tous les actes qui font entrer des choses dans les fonds d'affectation sociale, c'est-à-dire les conventions réglant les apports, les acceptations de donations faites aux associés comme tels, et les acquisitions à titre onéreux pour le compte de l'association, ne sont, selon nous, qu'autant d'instruments d'organisation, relativement à ces choses, de droits sociaux. Le principe de droit qui rend possible cette organisation c'est encore le principe de l'autonomie des volontés. Les associés, par là même qu'ils affectent des choses à la réalisation d'un but, veulent nécessairement que ces choses soient appropriées sous la forme des droits sociaux, car ces droits sont des moyens indispensables pour la réalisation du but. Or, qui veut le but veut les moyens. Il résulte de là que même au cas où les associés ne se sont pas expliqués sur le point de savoir à qui et sous quelle forme appartiendra le fonds d'affectation, ils doivent être censés avoir organisé pour ce fonds le régime des droits sociaux.

L'efficacité de la convention qui organise ce régime est d'autant moins contestable que par cette organisation les associés ne font qu'exercer la faculté de disposition compétant à tout propriétaire ou

copropriétaire. En effet, par hypothèse, l'associé est propriétaire de la chose qu'il verse au fonds social à titre d'apport. Or, tout propriétaire a le droit de jouir de sa chose de la plus large manière permise par la loi, à l'égard de la catégorie de choses respective ; il peut en user, en percevoir les fruits, la consommer ; il peut transférer à autrui toutes ces facultés ou partie d'elles seulement ; il peut même abandonner et, selon la théorie classique, détruire à son gré l'objet de sa propriété. Or, qui peut le plus peut le moins. L'associé en affectant une chose au fonds social, ne fait que transférer à ses coassociés la faculté de jouir concurremment avec lui de la chose affectée, et seulement dans le sens du but social. Il transforme son droit plein de propriété en un droit limité, celui que nous appelons droit social, et qui ne comporte plus ni la faculté de jouir matériellement de la chose sous une forme contraire au but social, ni la faculté, pour son titulaire, d'aliéner la chose à lui seul, ni le droit de demander le partage, avant la dissolution de l'association. En échange, chaque associé reçoit ce même droit sur les apports de tous les associés, apports qui s'agglomèrent en une seule masse, objet unique — à titre d'universalité, — du droit social.

Cette transformation n'est que l'exercice de la faculté de disposer qui entre dans le droit de tout propriétaire. Certes, après la constitution des droits sociaux, les associés cessent d'avoir sur les objets

de leurs apports, le droit intégral qu'ils possédaient avant, ils cessent d'en être propriétaires, mais ils continuent de les avoir sous leur maîtrise sous la forme des droits limités qu'ils ont organisés.

Lorsqu'il s'agit de choses provenant de donations faites à l'association, le mécanisme de l'organisation des droits sociaux ne se distingue de celui ci-dessus exposé que par ce fait que le propriétaire de la chose introduite dans le fonds d'affectation ne se réserve plus lui-même un droit social sur cette chose, mais s'en dessaisit complètement, à la condition qu'elle soit appropriée par les associés sous la forme de droits sociaux.

Enfin, pour ce qui est des choses acquises à titre onéreux, pour le compte de l'association, le mécanisme de cette organisation consiste à transformer non plus des droits de propriété, mais des droits de copropriété. Chaque associé, en effet, devient copropriétaire, en même temps que ses coassociés, de la chose acquise, mais ce droit de copropriété, une fois acquis, se transforme instantanément en droit social, en vertu de la convention implicite que contient la décision d'acquérir cette chose en vue du but social.

On voit donc que la possibilité, pour les associés, de créer des droits sociaux tient à la mise en œuvre de principes de droit commun.

Cette manière de voir semble cependant se heurter

à une objection basée sur l'article 543 du Code civil, qui donne l'énumération des droits réels qu'on peut avoir sur les choses. Cette énumération, dit-on, est limitative. Or le droit social n'y est pas compris. Logiquement, semble-t-il, il faudrait conclure que la loi prohibe sa constitution.

L'argumentation est spécieuse. Nous répondrons, avec M. Thaller, que « la liste des droits réels contenus dans l'article 543 du Code civil n'est pas aussi limitée qu'on le dit. Ces seuls droits réels contre lesquels s'élève la législation sortie de la Révolution sont ceux qui nuiraient au trafic normal des biens (1). » Loin de produire cet effet, les droits sociaux représentent la forme d'appropriation la mieux adaptée à certains besoins de la vie, à ceux qu'on se propose de satisfaire dans les associations.

Mais il y a plus. La liberté de constituer des droits sociaux ne peut être refusée aux associés pour cette raison encore que la constitution de ces droits n'équivaut nullement à un changement dans les réalités juridiques reconnues possibles sous le Code civil, mais à une modification dans le point de vue qu'on leur applique généralement. Nous voulons faire allusion par là au fait que les conséquences produites par les droits sociaux sont précisément

(1) *Traité de droit commercial*, 3^e édit., p. 171, n° 292.

celles qu'on fait dériver de la personnalité morale. Les relations juridiques effectives, les jouissances réelles qui rattachent les choses sociales aux associés, et qui, à vrai dire, constituent la substance même des droits portant sur ces choses ne sont, en fait, nullement modifiées par la mise en œuvre du concept de droits sociaux.

L'inaliénabilité des choses par l'associé seul, leur insaisissabilité par ses créanciers personnels, la prohibition de demander le partage avant la dissolution, la délégation du droit de disposer à un organisme représentatif, la faculté d'ester en justice sous un nom collectif, bref, en un mot, le régime des choses sociales tel qu'on le déduit de la personnalité, est précisément celui qu'implique aussi le droit social. Admettre la possibilité des droits sociaux, c'est admettre non pas la création de droits nouveaux, à titre de faits, mais une manière nouvelle d'envisager et d'expliquer une situation, manière qui, à notre avis, est seule en harmonie avec la réalité des faits et les notions fondamentales du droit. Cela étant, dire que la loi prohibe la constitution des droits sociaux, c'est dire qu'elle interdit l'emploi du concept de droit social et la construction juridique qu'il commande, et non l'existence même du droit. Or, pareil langage ne s'expliquerait que par une profonde méprise au sujet du rôle du législateur.

La formation des concepts, des principes géné-

raux et, plus largement, l'élaboration de toute la partie scientifique et méthodologique du droit : définitions, divisions, classifications, connexions systématiques, grandes unités logiques qu'on appelle constructions juridiques, etc., ressortissent à la doctrine, non à la loi. Tous ces éléments sont le produit des opérations de l'esprit : comparaisons des espèces, analyses, abstractions, généralisations, etc., travaillant sur les règles de droit proprement dites, c'est-à-dire sur les commandements et les défenses qui tracent les limites entre lesquelles ont à s'exercer les activités humaines, appliquées à l'utilisation des biens. Or, le législateur a bien la mission d'établir ces règles, mais il ne lui appartient pas de régenter les opérations de l'esprit, et de conditionner leurs produits. L'autorité de la loi ne saurait s'attacher qu'aux dispositions qui déterminent ce qui est permis et ce qui est prohibé dans l'ordre des faits, mais non aux textes législatifs qui contiennent des vues théoriques. « Le législateur, dit Ihering, doit s'abstenir de construire, c'est-à-dire de faire de la théorie, sinon il empiète sur le domaine de la science, il se dépouille de son autorité et de sa puissance de législateur pour se mettre sur la même ligne que le juriste..., par suite... les constructions du législateur n'ont qu'une importance théorique..., elles peuvent, par conséquent, être toujours amen-

dées, voire écartées, par la jurisprudence... (1) »

Cela étant, si la loi ne définit qu'un nombre limité de droits et, d'autre part, si elle permet des manières d'agir dont le faisceau dans une situation donnée ne correspond à la notion d'aucun droit défini par la loi, on est toujours en droit d'étendre la liste donnée par le législateur, même s'il semble en résulter qu'il a pensé y avoir compris tous les droits qu'il permet. C'est ce que l'on doit faire pour le droit social, nonobstant l'article 543 du Code civil. En effet, l'ensemble des relations juridiques qui rattachent les choses sociales aux associés, se présente nécessairement, de par la force même des choses, avec une physionomie qui le différencie nettement de tous les droits énumérés dans l'article 543. Ces relations juridiques, la loi les permet indubitablement, car elle permet expressément, entre les limites que nous avons vues, la constitution de fonds d'affectation, et sans ces relations, dans la forme *sui generis* qu'impose la force des choses, l'utilisation de ces fonds, dans le sens du but social, serait impossible. La loi permet donc une forme de droit réel autre que celles de l'article 543 ; cela étant, la formule de cet article ne saurait empêcher l'emploi du concept de droit social, celui-ci ne relevant que de la libre recherche scientifique.

(1) *Esprit du droit romain*, III.

Le contenu du droit social explique tout naturellement, par voie de conséquence logique, les règles qui constituent le régime des choses sociales et que la théorie fait découler de la personnalité morale.

Cette proposition demande à être développée.

Une première règle qui se déduit du concept de droit social c'est que les choses sociales sont inaliénables par l'associé agissant isolément, et en vue de son intérêt personnel (extra-social) ; cette règle entraîne comme corollaire nécessaire le fait que les choses sociales sont insaisissables par les créanciers personnels de l'associé.

En effet, le droit social est un droit limité, qui ne comprend pas la faculté, pour son titulaire, d'aliéner la chose à lui seul. Le droit social comprend, en premier lieu, les formes de jouissance matérielle compatibles avec le but social, et limitées dans leur exercice par l'existence de plusieurs ayants droit relativement aux mêmes choses ; il comprend encore la faculté de disposer des choses sociales, mais cette faculté est vinculée, d'abord par la nécessité de s'exercer conformément au but, et ensuite par son assujettissement à l'impulsion collective, ou — comme dans les associations nombreuses — par la nécessité d'être déléguée à un organe représentatif. Tel est le droit que les associés se confèrent mutuellement par

la convention stipulant la constitution d'un fonds social. L'aliénation des choses sociales, par l'associé seul, est un acte qui excède les pouvoirs que lui attribue son droit, donc elle est inefficace.

Les créanciers, d'autre part, ne sauraient avoir plus de droits que leurs débiteurs, sur les choses appartenant à ceux-ci. La saisie équivaut à une aliénation forcée, de plus, émanant des créanciers personnels, elle aboutirait à faire servir les choses sociales à la satisfaction d'un intérêt personnel de l'associé : au paiement de ses dettes. Voilà pourquoi cette saisie est impossible. Mais il y a plus. Les choses sociales n'appartiennent pas seulement à l'associé poursuivi par ses créanciers personnels, elles sont frappées simultanément par les droits sociaux de tous les associés, droits réels qui ne portent pas sur une partie déterminée de la masse sociale, mais sur son ensemble. Toute saisie des choses sociales venant de la part des créanciers personnels d'un associé porterait atteinte aux droits réels des coassociés. La règle prohibant ces saisies n'est, par conséquent, que l'application des principes qui régissent les droits réels.

Le fonctionnement des règles ci-dessus relativement aux choses sociales n'est contesté par personne. Elles sont consacrées, en effet, par un texte exprès, l'article 1860 du Code civil, qui déclare que dans la société l'associé non administrateur ne peut aliéner ni engager dans une mesure quelconque l'avoir social.

L'explication de ces règles se présente sous des formes variées, dans la doctrine. La théorie classique de la fiction légale la montre comme la conséquence nécessaire de cette idée que le fonds social n'appartient pas aux associés mais à un être distinct d'eux : la personne morale. Cela étant, il s'ensuit logiquement que les associés ne peuvent pas aliéner des choses qui ne leur appartiennent pas, et que leurs créanciers personnels ne sauraient saisir ces choses.

Cependant cette explication ne pouvait intervenir que pour les associations personnifiées. Or, l'article 1860 s'applique aussi aux sociétés civiles, étant même écrit dans la section du Code qui gouverne ces sociétés, et celles-ci, avant 1891, n'étaient pas personnifiées par la doctrine. Par rapport à ces sociétés l'article 1860 apparut à la doctrine comme une dérogation aux principes. En effet, la théorie classique enseignait que dans les sociétés civiles, le fonds social était possédé par les associés, sous la forme de la copropriété, avec cette particularité toutefois que chaque ayant droit était obligé envers ses coassociés à maintenir l'affectation de sa part indivise. Or, de droit commun, la part indivise de chaque copropriétaire figure dans son propre patrimoine pêle-mêle avec les autres droits qu'il possède privativement, pouvant être librement aliénée par lui, et pouvant être saisie par ses créanciers personnels. De droit commun, l'obligation d'une personne n'est pas oppo-

sable à ses ayants cause à titre particulier et n'engendre pas par elle-même un droit de préférence au profit de ses titulaires actifs contre les autres créanciers du même débiteur.

L'article 1860 dérogerait, d'après la doctrine antérieure à l'année 1891, à ces principes.

Par cet enseignement, la doctrine classique ouvrait elle-même une brèche dans sa théorie de la fiction, livrant passage aux arguments de là première heure, contre la personnalité morale. En effet, expliquer par l'idée de dérogation, et en dehors de la personnalité morale, une règle qui dans d'autres cas est rattachée à cette personnalité, c'était tenter l'esprit d'essayer de cette même explication pour toutes les règles présentées comme des conséquences de la personnalité morale. Ce fut la voie où s'engagea M. Van den Heuvel.

Cependant, l'explication de l'article 1860 par l'idée de dérogation a été combattue par plusieurs auteurs, notamment par MM. Boistel, Mongin et de Vareilles-Sommières, suivant lesquels l'article 1860 n'est que l'application des principes généraux sur les droits réels. Nous savons que pour M. Boistel les choses sociales appartiennent aux associés sous forme de copropriété, mais, selon cet auteur, chaque copropriétaire possède, en plus de sa part indivise, un droit réel frappant les parts des coassociés, savoir : une servitude d'indivision. Dès

lors, l'article 1860 s'explique comme la conséquence de cette servitude. Aliéner sa part, donner à un acquéreur le droit de demander le partage, à un créancier le droit de saisir le fonds social, serait porter atteinte à cette servitude établie par la volonté commune. Dans cette interprétation, l'article 1860, loin d'apparaître comme une dérogation, n'est que l'application de principes qui régissent les droits réels.

Cette explication de l'article 1860 par l'existence d'un droit réel portant sur les parts indivises des coassociés se retrouve encore chez M. de Vareilles-Sommières. Les obligations de l'associé, dit l'auteur, « l'obligation de maintenir l'affectation de la part indivise, l'obligation de ne pas demander le partage avant la dissolution... ne sont pas de pures obligations personnelles, elles grèvent aussi la chose, la part indivise de l'associé (1) ». Cependant M. de Vareilles-Sommières ne pense pas qu'on puisse concevoir ce droit grevant la chose comme une servitude d'indivision ; à son avis, il faut y voir un droit de rétention. « Cette chose, dit l'auteur, étant aux mains des associés... est, d'après l'intention des parties comme d'après l'équité naturelle et le bon sens, grevée d'un droit de rétention au profit de la société jusqu'à l'exécution parfaite des obligations des associés. Toutes les conditions requises pour qu'il y ait

(1) *Les personnes morales*, p. 256, n° 547.

droit de rétention, notamment le *debitum cum re junctum*, sont réunies dans l'espèce (1). »

M. Mongin se rencontre avec les deux auteurs précités sur ce même point que l'article 1860 est la conséquence d'un droit réel existant au profit des coassociés. Il s'en sépare cependant, en ce qui concerne la nature de ce droit réel, et arrive à une vue plus rapprochée, selon nous, de la solution exacte. « Ce droit, dit M. Mongin, n'est pas une simple servitude d'indivision, c'est la propriété elle-même : la suppression de droit d'aliéner édictée contre l'associé non administrateur n'est que l'effet logique de la copropriété indivise. Sous l'état d'indivision, en effet, le droit de chaque propriétaire se trouve diminué, limité dans ses prérogatives, par le droit non moins puissant appartenant aux autres, et c'est le droit ainsi diminué qui peut seul être transmis aux ayants cause. La propriété confère à chacun le droit d'exiger que les biens restent dans le patrimoine collectif, pendant tout le temps fixé par la convention ou par la loi ; elle mutile donc le droit de disposition attaché à la propriété ordinaire : les associés, qui ont mis les biens en société pour un certain temps, n'ont pas seulement contracté l'obligation personnelle de les laisser en commun, ils ont organisé pour la propriété elle-même une nouvelle situation juridique,

(1) *Op. cit.*, p. 256, n° 549.

ils ont créé au profit de la masse, un droit qui est désormais à l'abri des actes individuels. L'article 1860 n'est donc que l'application pure et simple des principes, on ne saurait le considérer comme attribuant à la société un bénéfice exceptionnel, créé par la volonté souveraine du législateur (1). »

Il y a peu de choses à changer dans ce passage pour obtenir l'explication que nous croyons exacte. Une idée essentielle à en retenir c'est que le droit réel dont les associés peuvent se prévaloir pour maintenir l'affectation des choses sociales, c'est non pas un droit accessoire, ajouté à leur droit principal sur ces choses, mais ce droit même, qui, quoique limité, renferme à titre d'élément constitutif, la faculté de jouir, conformément au but social, de la totalité des choses sociales, et pour toute la durée fixée pour l'association.

Une autre idée essentielle à retenir, c'est que « les associés ont organisé pour la propriété une nouvelle situation juridique » et qu'ils « ont créé au profit de la masse un droit désormais à l'abri des actes individuels ». Mais précisément parce que le droit ainsi créé est limité, c'est-à-dire manque du caractère essentiel de la propriété, et parce qu'il est à l'abri des actes individuels, c'est-à-dire manque du carac-

(1) *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, dans la *Revue critique*, 1890, p. 704.

rière essentiel de la copropriété, il nous semble illogique de le concevoir comme un droit de propriété ou de copropriété, et il est nécessaire de l'envisager comme un droit *sui generis*, désigné d'un nom propre, ce que nous faisons en nous servant du concept et de l'expression de droit social. Nous remplaçons donc dans le passage cité les expressions de propriété et de copropriété par les mots droit social, et avec cette modification, il nous apparaît comme la véritable explication de l'article 1860. « La suppression de droit d'aliéner édictée contre l'associé non administrateur, disons-nous, n'est que l'effet logique » du droit social.

*
* *

Une autre conséquence du droit social c'est que les associés ne pourront demander le partage avant l'arrivée du terme, dans les associations temporaires, et, à aucun moment, dans les associations perpétuelles. Cette règle est indispensable pour le maintien de la masse des choses sociales à son affectation, laquelle, à son tour, est un moyen indispensable pour la réalisation du but. Or, qui veut le but veut les moyens. Les associés, par conséquent, ont dû vouloir établir le contenu des droits qu'ils se sont mutuellement conférés sur le fonds social, dans le sens de cette règle. Les droits sociaux par leur nature, ne comportent pas le partage.

Dira-t-on que l'article 815 du Code civil, qui pose en principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, empêcherait les associés d'exclure la faculté de demander le partage de la composition de leurs droits ? On l'a soutenu, voulant démontrer par là la nécessité du concept de personne morale, qui seul pourrait expliquer pourquoi les choses sociales, pendant la durée de l'association, ne sont pas partageables. Ainsi M. Ducrocq pense réfuter M. Van den Heuvel par l'objection suivante : « Si les citoyens étaient propriétaires des biens nationaux ou communaux ils auraient droit d'en demander le partage, car ils seraient propriétaires de biens indivis et nul n'est tenu de rester dans l'indivision... La conséquence serait la spoliation des générations à venir et l'anéantissement du domaine de l'Etat au profit de la seule génération présente (1). »

M. Capitant, dans la première édition de son *Introduction à l'étude du droit civil*, critiquant la thèse de M. de Vareilles-Sommières (2) — d'après lequel les associés peuvent stipuler valablement, nonobstant l'article 815 du Code civil, que les choses sociales ne seront pas partagées avant l'arrivée du terme — lui oppose aussi l'article 815.

De même M. Michoud a certainement en vue tou-

(1) *Cours de droit administratif*, 7^e édit., t. IV, p. 18.

(2) Dans son *Contrat d'association*, 1893. Paris.

jours l'article 815 du Code civil, dans la suivante objection qu'il dirige contre le système de la propriété collective (1) : « M. Planiol dit que la propriété collective, à la différence de la propriété indivise, ne comporte pas le partage. Mais pourquoi ? Un système qui ne voit d'autres sujets que les individus est impuissant à l'expliquer et M. Planiol ne l'essaie même pas. »

Toutes ces objections reposent sur la confusion du droit de l'indivisaire (la copropriété), et du droit de l'associé (le droit social). On les considère comme identiques, alors qu'à la vérité, nous l'avons vu, ils sont deux droits distincts, à raison des exigences de la vie qui déterminent leur contenu — et l'on veut appliquer au droit social l'article 815, alors qu'il n'est écrit que pour la copropriété. De plus, ces objections méconnaissent ce principe d'interprétation que la sphère d'application d'une règle légale se détermine à la lumière des motifs qui l'ont inspirée. Or, il est manifeste que l'article 815 a été édicté afin de parer aux graves inconvénients résultant du fait que la copropriété est un état de « torpeur forcée », à raison de l'autonomie des droits individuels. Ces inconvénients n'existent pas dans l'association, qui est

(1) *Théorie de la personnalité morale*, p. 66, fin de la note de la page 65.

une organisation active et féconde, dont le fonctionnement est assuré grâce à un régime d'administration unifiée. Par conséquent, l'article 813 ne trouve pas, dans l'association, sa raison d'être, et ne saurait s'y appliquer.

Peut-être pourrait-on admettre que le langage de MM. Van den Heuvel et de Vareilles-Sommières sinon justifiait, du moins expliquait en une certaine mesure la confusion, car tous les deux appellent improprement copropriété le droit de l'associé. Il est juste, cependant, de reconnaître que ces auteurs insistaient suffisamment sur le caractère spécial de cette copropriété, consistant précisément dans la nécessité d'être soumise à un régime différent de celui de la copropriété ordinaire, régime qui, entre autres, excluait le partage. Ils démontraient que sans cela le fonctionnement de l'association était impossible, et invoquaient cet argument qu'il n'était pas admissible que la même législation permit le contrat d'association et s'efforçât de le détruire. Ils invoquaient encore cet argument que les motifs pour lesquels l'article 815 veut qu'on puisse toujours sortir d'indivision n'existent pas quand il s'agit de l'indivision active et féconde qui naît de l'association.

« Remarquez, ajoute M. de Vareilles-Sommières dans ses *Personnes Morales*, que ce sont uniquement ces raisonnements qui contraignent tous les jurisconsultes à écarter de la société l'article 815,

car aucun texte formel n'en exempte la société (1). »

L'objection se comprend encore moins à l'adresse de M. Planiol qui distingue nettement entre la copropriété et la forme d'appropriation relative aux biens sociaux, qu'il appelle propriété collective et dont il dit qu'elle ne comporte pas le partage. C'est, on le sait, ce que nous désignons par l'expression de droit social. Un système, dit M. Michoud, qui ne voit d'autres sujets que les individus est impuissant à expliquer pourquoi la forme d'appropriation en question ne comporte pas le partage. Pourquoi impuissant ? demanderons-nous à notre tour. Quelle explication de la règle prohibant le partage pourrait être plus satisfaisante que cette constatation, dont personne ne saurait contester l'exactitude, que sans cette règle le fonctionnement de l'association serait impossible ? On fait voir de la sorte les nécessités objectives, les besoins pratiques qui réclament la règle. Or, faire toucher du doigt, pour ainsi dire, les besoins pratiques qui imposent leur forme aux rapports juridiques, c'est fournir la véritable explication de ces rapports, car c'est montrer leur cause génératrice. Certes, il existe une seconde manière d'expliquer un rapport juridique — et la règle qui l'exprime — consistant à montrer sa filiation logique d'un principe ou d'une autre règle juridique plus générale. Dans le premier cas nous

(1) *Op. cit.*, p. 344, n° 740.

avons l'explication *causaliter*, qui nous découvre la cause de la règle ; dans le second cas l'explication déductive, qui nous en indique la raison (1).

Nous ne contestons pas l'utilité du procédé consistant à rattacher les règles juridiques, par les fils de la déduction, aux vastes systèmes logiques des règles légales et des principes généraux. Ceci est précisément l'objet de la technique juridique, et les avantages qui en résultent sont indéniables. Par cette systématisation on parvient à se reconnaître plus aisément dans la multitude des dispositions du Droit, et à assurer l'application, ou, comme dit Ihering, « la réalisabilité formelle du droit » (2). Il faut cependant se garder des méprises, que bien des juristes n'ont pas su éviter, sur la véritable portée de cette élaboration technique. Fort souvent, en effet, on a fait consister dans la convenance logique la véritable explication ou justification des règles de droit, alors que, à la vérité, celle-ci réside dans leur adaptation aux exigences de la vie qu'elles sont appelées à satisfaire — et l'on s'est même opposé à l'introduction des règles nouvelles que réclamaient

(1) « Toute cause est une raison, mais toute raison n'est pas cause. La cause c'est la raison dans l'ordre de l'existence. Mais il y a aussi des raisons dans l'ordre de la connaissance et des vérités ». Rabier. *Psychologie*, 6^e édit., p. 352.

(2) *Esprit du droit romain*, t. I, p. 48-58 et t. III, p. 16-26.
— Cf. Gény. *Nouvelle méthode d'interprétation*, p. 465 et s

les conditions changeantes de la vie, au nom de leur non conformité avec les principes établis. C'est l'abus contre lequel ont élevé une si opportune protestation d'abord Ihering, dans son *Esprit du droit romain* (1), ensuite M. Gény, dans sa *Nouvelle Méthode d'interprétation* (2).

La vérité c'est qu'une règle est expliquée, et pleinement justifiée, lorsqu'on a montré les nécessités pratiques auxquelles elle donne satisfaction.

Après cela, et dans le sens des motifs qui rendent nécessaire la systématisation du droit, il sera légitime de chercher à faire entrer la règle en question dans le réseau des déductions logiques. Mais ceci

(1) « Au lieu de voir le monde réel, où règnent les puissances réelles de la vie, l'on ne distingue plus que les *fata morgana* d'un monde soumis au sceptre de l'idée abstraite. Le principe est le demiurge de ce monde, il a créé le monde du droit, il y règne souverainement. Plus de forces réelles, vivantes qui se meuvent dans le sein du droit ; la dialectique du principe s'est mise à leur place », t. IV, p. 309, et encore : « C'est méconnaître l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète, que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du droit. La vie ne doit pas se plier aux principes ; ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est point la logique, c'est la vie, ce sont les relations, le sentiment juridique qui réclament ce que doit être... C'est le besoin pratique... qui a dicté la décision, la logique ne vient qu'après. » *Ibid.*, p. 311 et s.

(2) V. notamment les n^{os} 61, et 69-75. — Cf. Picard. *Le Droit par*, 1899, § 152, p. 339, 342.

n'est pas toujours possible : témoin les règles qui se présentent comme des dérogations. Dira-t-on que celles-ci apparaissent dans le droit comme un phénomène mystérieux, inexplicable, ou bien avouera-t-on qu'elles sont suffisamment expliquées par les avantages pratiques qu'elles procurent ?

Pour ce qui est de la règle prohibant le partage du fonds social, elle n'est pas une dérogation. Elle est susceptible d'être expliquée non seulement *causaliter*, mais encore au point de vue déductif, en la rattachant aux principes juridiques établis. En effet, en premier lieu, on démontre facilement qu'il n'y a pas de contradiction entre cette règle et celle de l'article 815 du Code civil, en restreignant, comme nous l'avons fait, le champ d'application de cet article aux cas où se trouvent les motifs qui l'on fait édicter, et qui ne se rencontrent pas dans les associations. Ensuite, on découvre aisément le principe juridique sur lequel cette règle s'appuie, en observant que les associés, en voulant l'association, ont dû nécessairement vouloir exclure le droit au partage, car autrement le fonctionnement de l'association serait impossible. Ce principe est, par conséquent, toujours le principe fondamental de l'autonomie des volontés. Le législateur ne défend dans aucun texte aux associés de faire l'application de ce principe dans le sens d'exclure de leurs droits sur les biens sociaux la faculté de demander le partage ; au contraire, il sanc-

tionne lui-même, implicitement, cette exclusion, car il permet la constitution, dans certaines limites que nous avons vues, de fonds d'affectation, et sans la prohibition du partage ces fonds ne sauraient rendre les services qu'on en attend.

*
* *

L'examen du contenu du droit social nous a fait voir encore que la *faculté de disposer* y est vinculée d'abord par la nécessité de s'exercer conformément au but, et ensuite par son assujettissement à l'impulsion collective, ou — comme dans les associations nombreuses — par la nécessité d'être déléguée à un organe représentatif.

La création de cet organe ne rencontre aucun obstacle sur le terrain de droit positif. Les associés n'auront qu'à utiliser les règles du mandat.

Il convient, cependant, d'insister sur une particularité que présentera nécessairement l'exercice de cette faculté par les représentants. Dans les différents actes juridiques relatifs aux choses sociales, et aussi dans les actes de procédure occasionnés par les procès intéressant les choses sociales, il faudra que les associés soient désignés non pas par leurs noms et prénoms individuels, mais par un nom collectif, tel le nom ou la raison sociale de l'association.

La justification de cette règle, facile à apercevoir, réside dans des nécessités de fait inéluctables. En

effet, si l'association comprend de nombreux membres — et il se peut qu'ils soient plusieurs milliers — comment serait-il possible d'aligner tout au long leurs noms dans les actes en question ? Par la force des choses il faut, dans ces cas, que les associés soient admis à passer des contrats et à ester en justice en nom collectif.

Au dire des partisans de la théorie classique de la fiction légale, cependant, ce résultat est impossible sans l'idée de personne morale, à cause de la règle : *Nul ne plaide par procureur*. Cette règle, dans l'hypothèse qu'il n'y a d'autres sujets de droit, dans les associations, que les associés, s'opposerait à ce qu'ils puissent ester en justice sous un nom collectif. Seul le concept de personne morale permettrait ce résultat : La personne morale est distincte des associés, — c'est elle la véritable propriétaire du fonds social, — c'est elle le vrai demandeur ou défendeur, — par conséquent c'est son nom qui doit figurer dans les actes de la procédure.

A notre sens, la théorie classique s'exagère les exigences de la règle *Nul ne plaide par procureur*. Disons, d'abord, que personne n'interprète cette règle dans son sens littéral : personne ne soutient qu'elle interdit aux plaideurs de se faire représenter par un mandataire. On lui fait dire seulement que les noms des mandants, fussent-ils plusieurs milliers, doivent nécessairement figurer dans tous les

actes de la procédure (1). Voilà pourquoi, dit-on, — si le vrai titulaire des droits dans l'association, donc le vrai plaideur, n'est pas la personne morale, mais le groupe des associés — ceux-ci pourront bien se faire représenter dans les procès, mais ils ne pourront se faire désigner que sous leurs noms individuels, qui, tous, devront être couchés tout au long dans les exploits. Et à l'appui de cette thèse on invoque aussi l'article 63 du Code de procédure civile, qui exige que l'ajournement contienne les noms, profession et domicile du demandeur et du défendeur.

Cette manière de voir est inexacte. D'abord l'argument tiré de la règle *Nul ne plaide par procureur* a été depuis longtemps ébranlé, et encore par un partisan de la théorie classique : la jurisprudence, lorsqu'elle eut à régler, avant la loi du 1^{er} juillet 1901, la condition juridique des associations munies seulement de l'autorisation préfectorale. On sait que, d'après la doctrine et la jurisprudence, cette autorisation n'avait pas pour effet de revêtir l'association de la personnalité morale, mais de la mettre à l'abri des sévérités de la loi (art. 291 du C. pén.). Conséquemment, la théorie classique enseignait que les

(1) Cf. Capitant. *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e édit., p. 203, note 1. — Garsonnet. *Traité de Proc. civ.*, t. I, n^o 119. — Glasson. *Précis de Proc. civ.*, 1902, t. I, p. 137, 239 et s. — Naquet. *Revue critique*, 1874, p. 356 et s.

associés n'y avaient pas le droit d'ester en justice en nom collectif. Nonobstant cet enseignement, la jurisprudence, plus libérale, reconnut ce droit à ces associations, en fondant ses solutions sur des considérations d'utilité pratique (1).

Ces considérations parurent assez fortes pour légitimer une dérogation à la règle *Nul ne plaide par procureur* et à l'article 63 du Code de procédure civile. Ceci était encore un exemple où une conséquence rattachée à la personnalité morale, par la théorie classique, était obtenue en dehors de cette personnalité, à l'aide d'une dérogation aux principes du droit commun, et un argument de plus en faveur de la thèse, qui, nous le savons, est celle de M. Van den Heuvel, et qui fait consister la personnalité morale dans un ensemble de dérogations aux principes usuels et aux règles légales.

Nous pourrions invoquer ces solutions jurisprudentielles pour écarter l'argument tiré de la règle *Nul ne plaide par procureur*. Cependant, à notre avis, on peut faire davantage. Ce n'est pas comme une dérogation à cette règle et à celle de l'article 63

(1) Cf. Planiol. *Traité de droit civil*, 2^e édit., t. II, nos 738 à 745. M. Planiol a signalé et qualifié le premier cette situation faite aux associations non personnifiées, en lui donnant le nom d'*individualité*, emprunté aux arrêts de la Cour de Cassation. (V. notamment Cass. 25 mai 1877. S. 88. 1. 161. — Cass. 2 janvier 1894. S. 94. 1. 129, note de M. Lyon-Caen. — Besançon, 29 mars 1899. D. P. 1900. 2. 401, note de M. Planiol.)

du Code de procédure civile, qu'on doit présenter le droit pour les associés de se faire désigner sous un nom collectif, mais comme l'effet de leur application pure et simple. En effet, ici encore, pour saisir la véritable portée des règles en question, c'est aux motifs qui les ont inspirées qu'il faut s'adresser. Or, il est évident que l'exigence de la désignation nominative des plaideurs se fonde sur ce fait que tout plaideur doit savoir qui au juste l'assigne et, en même temps, qu'il doit dire quelles personnes il assigne. Or, un mandataire qui fait un procès pour le compte d'un groupe sans indiquer les personnes qui constituent ce groupe, ne fait pas connaître au défendeur ses adversaires. « Il l'empêche par là même d'opposer les moyens de défense qui lui appartiendraient contre eux et dont il ne manquerait pas de se servir s'ils lui étaient connus... D'autre part, si un plaideur attaque un mandataire pris sous son seul nom, ce mandataire sera empêché de faire valoir les exceptions dont disposeraient les défendeurs véritables (1). »

Que résulte-t-il de là ? Qu'il était de toute nécessité que la loi obligeât les représentés à apparaître dans l'instance, c'est-à-dire qu'elle imposât aux représentants d'indiquer clairement les mandants au nom

(1) Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e édit., p. 179.

desquels ils agissent. Voilà la nécessité à laquelle répondent l'adage *Nul ne plaide par procureur* et l'article 63, et voilà ce qui éclaire la vraie portée des règles qu'ils expriment.

Or, une désignation nette, qui permette de reconnaître sans hésitation un plaideur, peut consister non seulement dans ses nom et prénoms, mais encore dans d'autres dénominations équipollentes. Voilà pourquoi nous pensons, avec M. de Vareilles-Sommières, que la maxime *Nul ne plaide par procureur* « n'a jamais voulu dire que nul ne peut plaider sans que son nom, son vrai nom intégral, avec tous les prénoms, fût couché dans les exploits », et qu'« il faut et il suffit que le plaideur soit désigné d'une façon claire qui lui permette de se reconnaître et d'être reconnu » (1).

Mais peut-on nier, avec raison, que la désignation collective de tous les associés permet aisément de savoir quelles sont les personnes qu'elle vise ? Assurément, non. « La dénomination collective de leur groupe (celui des associés), dit très bien M. de Vareilles-Sommières, les désigne tous très réellement et très clairement... Tous les plaideurs et, par conséquent, chacun d'eux sont indiqués nettement par leur qualité distinctive de membres de telle société, par une sorte de nom collectif, sous lequel

(1) *Les personnes morales*, p. 267, n° 577.

ils se reconnaissent et seront facilement, s'il est nécessaire, individuellement reconnus par la partie adverse (1). »

Et ce que nous avons dit sur la portée de la règle *Nul ne plaide...* est vrai aussi pour l'article 63 du Code de procédure civile. Malgré ses termes exclusifs, c'est en faire une application conforme à son esprit, que de permettre aux associés d'ester en justice — ainsi que de passer des contrats — en nom collectif. Est-ce que, nonobstant ce texte, comme dit M. de Vareilles-Sominières, tout le monde n'admet pas que le syndic d'une faillite peut plaider au nom de nombreux intéressés désignés d'une manière collective ? N'en est-il pas de même pour le curateur à succession vacante ? Pour l'héritier bénéficiaire ?

*
* *

Une autre règle qui régit le droit de l'associé est celle de l'article 529 du Code civil, qui déclare mobilière la part de l'associé même si la société possède des immeubles.

D'après la théorie classique de la fiction légale, cet article implique nécessairement l'idée d'une personne morale. Seule cette conception, dit-on, peut expliquer l'article 529 : si l'on admettait que les choses sociales appartiennent aux associés, leurs droits

(1) *Op. cit.*, p. 268, n° 579.

seraient mobiliers ou immobiliers suivant les choses sur lesquelles ils portent ; par conséquent l'article 529 resterait inexpliqué. Au contraire avec l'idée de personne morale, conçue comme véritable et seule propriétaire du fonds social, les droits des associés s'analysent en droits de créances contre la personne morale, pour les bénéfices. Les bénéfices étant mobiliers, la part de l'associé est toujours mobilière.

A cette argumentation il y a deux objections à faire :

1^o Qu'elle fait abstraction d'un élément entrant dans le droit de l'associé, qui, même au point de vue de la théorie classique, contredit la décision de l'article 529, et

2^o Que la véritable explication de cet article résulte des besoins pratiques auxquels il donne satisfaction.

Pour ce qui est de la première objection, nous reconnaissons, certes, que la personnalité morale, telle que la conçoit la théorie classique, a pour résultat de transformer le droit de l'associé en un droit de créance, mais cette créance n'a pas seulement pour objet une part dans les bénéfices, elle a aussi pour objet une part dans le capital social à la dissolution de l'association, du moins dans les associations temporaires, où, nous l'avons vu, l'associé peut deman-

der le partage à l'arrivée du terme fixé pour l'association (1).

Or, la nature d'un droit se détermine d'après la nature des choses sur lesquelles il porte. Le fonds social peut contenir non seulement des meubles, mais encore des immeubles. Logiquement donc, il faudrait conclure, même au point de vue de la théorie classique, que le droit de l'associé est pour partie mobilier et pour partie immobilier, ce qui revient à dire que l'idée de personnalité est impuissante à expliquer l'article 529.

A la vérité, l'explication de cet article résulte de l'utilité de la règle qu'il édicte (2). Dira-t-on que

(1) Cf. de Vareilles-Sommières. *Les personnes morales*, p. 241, n^{os} 511 et s.

2. Il importe de connaître la nature mobilière ou immobilière d'un droit afin de décider, le cas échéant, s'il tombe ou non pour le tout dans la communauté, s'il est compris dans le legs des meubles ou dans celui des immeubles, s'il peut être grevé, ou non, d'hypothèques, et s'il occasionne le paiement des droits de mutation mobilière ou immobilière. Or, sans l'article 529, on serait dans une incertitude fâcheuse pendant toute la durée de l'association, au sujet de la question de savoir dans quelle mesure le droit de l'associé est mobilier ou immobilier, si l'on tient le principe de la rétroactivité du partage pour absolu, car, dans ce cas, c'est le partage qui révélerait la nature du droit de l'associé.

Ou bien, si l'on admet que le principe de l'article 883 du Code civil gouverne seulement les rapports du copartageant avec les ayants cause des autres copartageants, et que, par suite, la nature du droit de l'associé est actuellement fixée par la nature des objets sur lesquels il porte, il faudrait —

cette explication nous donne la cause et non la raison de la règle, qu'elle ne nous fait pas voir la filiation logique de la règle en question d'un principe de droit qui la domine ?

A cette objection nous répondrons qu'il n'est pas toujours possible de faire entrer toutes les règles

pour déterminer exactement dans quelle mesure il est immobilier — se livrer à une ventilation laborieuse de l'actif social. Et ce travail, hérissé de difficultés, devrait être répété — car l'actif social peut varier d'un jour à l'autre — toutes les fois qu'un associé se marie sous le régime de la communauté, toutes les fois qu'il transmet — lorsque cela est permis — son droit à autrui, soit à cause de mort, soit par actes entre vifs.

La disposition de l'article 529 écarte tous ces inconvénients, et, ce faisant, elle apparaît comme pleinement justifiée.

Il est à remarquer que les inconvénients sus-indiqués ne se rencontrent que dans les associations où les droits des associés sont cessibles ou au moins héréditaires. Or cela arrive seulement dans les associations à but lucratif : sociétés commerciales et civiles. Dans les autres associations — associations privées à but non lucratif et associations publiques — les droits des associés sont intransmissibles ; ici fonctionne le droit d'accroissement. Cela étant, la disposition de l'article 529 ne présente d'intérêt pratique que pour les associations à but lucratif. Aussi la loi borne son application aux sociétés de commerce, d'industrie et de finance. Cette formule comprend toutes les sociétés commerciales et celles des sociétés civiles qui éveillent l'idée d'industrie. Si les autres sociétés civiles — où les droits des associés, ou plutôt leur valeur, sont cependant héréditaires, et, parfois, même cessibles — sont exclues de l'application de l'article 529, la raison doit en être cherchée dans le fait que ces sociétés ont une durée moins longue et un actif social moins important que les sociétés de commerce et d'industrie ; de manière que, ou

juridiques dans le réseau des déductions logiques ; témoin les règles qu'on considère comme des dérogations. Pour ce qui est de l'article 529, cependant, l'objection ne se conçoit pas pour une autre raison encore : cet article, tel qu'il est rédigé, contient, en outre d'une règle de droit, la prémisse logique qui l'explique. En effet, on ne saurait considérer comme règle de droit que les commandements ou les défenses de la loi qui prescrivent ce qui est permis ou prohibé dans l'ordre des faits. Ainsi envisagée, la règle posée par l'article 529 contient les prescriptions suivantes (1) :

1° Soumission de la vente du droit social (dans le cas où elle est permise) à un tarif d'enregistrement inférieur à celui qui serait perçu pour les mutations immobilières ;

2° Acquisition par la communauté légale des droits sociaux que l'un ou l'autre époux posséderait dès avant le mariage ;

3° Attribution d'un droit social se trouvant dans l'actif d'une succession au légataire des meubles ;

bien l'incertitude sur la nature définitive du droit de l'associé ne sera pas trop longue, ou bien les ventilations de l'actif social seront plus faciles et plus rares.

D'autre part, dans ces sociétés — à la différence de ce qui arrive dans les sociétés de commerce, d'industrie et de finance — l'actif social est constitué principalement d'immeubles, et leur appliquer l'article 529 serait trop contraire à la nature des choses.

(1) Cf. Thaller, *op. cit.*, p. 185, n° 313.

4° Affranchissement des immeubles sociaux de toute hypothèque provenant du chef personnel de l'associé.

Le législateur aurait pu, tout en s'abstenant de qualifier de mobilier le droit de l'associé, déclarer que ce droit sera soumis aux prescriptions ci-dessus, sans égard pour le fait qu'il porte sur des meubles ou des immeubles. Cependant, plus brièvement, le législateur se borne à déclarer mobilier la part d'associé. Qu'est-ce à dire sinon que le législateur indique lui-même le concept explicatif, qui permet d'obtenir par voie déductive, les prescriptions ci-dessus? Considérer comme mobilier un droit qui porte sur des immeubles, c'est en somme utiliser une fiction ; — or, quel est le rôle des fictions sinon de relier aux principes établis, certaines solutions dérogatoires ? (1)

L'article 529 est le pendant de l'article 524, où le législateur déclare immeubles par destination les meubles attachés par le propriétaire à son fonds. Ici encore, la rédaction de l'article cache son véritable contenu sous le principe dont il peut être dérivé et dont l'application dans l'espèce repose sur une fic-

(1) Cf. Ihering. *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 293 et s.—
Adde Unger. *Kritische Ueberschau*, VI, p. 166 : « Le droit fait des fictions pour ne pas accepter des notions en contradiction avec ses règles fondamentales et qui apparaîtraient comme des anomalies indisciplinées ; par ce moyen le droit courbe les faits sous sa règle au lieu de se courber sous les faits. »

tion. Or, relativement à l'article 524, tout le monde a trouvé suffisante la justification *causaliter* résultant de l'utilité de la disposition, et a compris que la fiction veut y jouer le rôle d'une explication déductive. Pourquoi, dès lors, être plus exigeant au sujet de l'article 529, où la situation est identique ? Concluons donc qu'il faut écarter l'opinion des auteurs qui pensent, qu'en outre de la fiction consistant à considérer comme mobilier un droit immobilier et dont le seul rôle est d'expliquer le contenu de l'article 529, il faut mettre en œuvre pour expliquer la première, une nouvelle fiction, celle de la personnalité morale, qui d'ailleurs est impuissante, nous l'avons vu, à produire ce résultat.

*
* *

Tels sont les principes juridiques que la loi positive met à la disposition des associés, leur permettant d'organiser relativement aux choses sociales la forme d'appropriation impliquée nécessairement par le fonctionnement de l'association, et qui nous est apparue, au cours de cette étude, avec une physionomie propre, que nous avons cru pouvoir traduire par la qualification de droit social.

Vu : le Président de la thèse
PLANIOL

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer
Le vice-recteur
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Problème juridique de l'association. — Solution au point de vue pratique ; rôle du législateur. — Solution au point de vue théorique, ou technique ; rôle de la doctrine. — Deux groupes de systèmes doctrinaux : dualistes et monistes. Objet de cette étude.....	5-31
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Fondement de la thèse moniste. — La notion de droit et ses conséquences. — Plan de cette étude.....	33-46
CHAPITRE I. — Les sujets des droits portant sur les choses sociales.....	47-86
CHAPITRE II. — Le rapport de jouissance.....	87-162
<i>Section I.</i> — Le contenu du droit de l'associé..	88-109
<i>Section II.</i> — La nature du droit de l'associé..	110-162
§ 1. — Système de la copropriété.....	110-141
§ 2. — Système de la propriété collective ou commune.....	141-150
§ 3. — Système des droits communs. — Le droit social.....	150-162

CHAPITRE III. — Le droit social et la loi positive.. 163-218

Section I. — Fondement légal de la possibilité,
pour les associés de constituer des fonds
d'affectation 164-183

Section II. — Principes juridiques qui autorisent
l'organisation des droits sociaux. — Prin-
cipe de l'autonomie des volontés. — Le droit
social et article 543 du Code civil. — Arti-
cle 1860 du Code civil. — Article 815 du
Code civil. — La règle *Nul ne plaide par*
procureur et l'article 63 du Code de procé-
dure civile. — Article 529 du Code civil... 184-218

